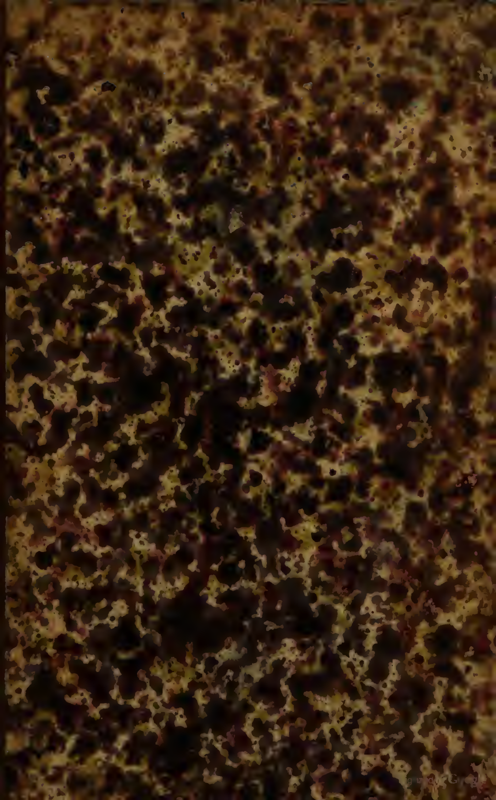






Der mit dem ersten Hefte ausgegebene Titel, sowie Vorrede, Inhalts-Uebersicht und Berichtigungen desselben fallen aus.

Die

römische Servitutenlehre.

Die

römische Servitutenlehre

dargestellt

von

Dr. Rudolf Elvers.



Marburg.
Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
1856.



Vorrede.

Die Frage, ob und wie weit das römische Servitutenrecht in unsern Rechtszuständen zur Anerkennung und völligen Geltung gelangt sei, war mir mehrfach entgegengetreten. Zu einer abschließenden und auf erschöpfende historische und praktische Untersuchungen basirten Beantwortung derselben schien mir die Wissenschaft nicht gelangt zu sein, und so glaubte ich in einer tiefer eingehenden Erörterung dieser Frage bei der großen Wichtigkeit derselben für so viele Lebensverhältnisse eine, wenn auch schwierige, so doch um so würdigere Aufgabe zu finden. Bald mußte ich aber bemerken, daß eine befriedigende Lösung derselben nur möglich sei, wenn sie vorbereitet wäre durch ein tiefes Eindringen in die in unserm Volke lebenden Rechtsanschauungen, durch eine umfassende Bekanntschaft mit allen den Institutionen, welche etwa auf Bildung dieses Theils unsers Rechtszustands eingewirkt haben können, durch ein völliges Verständniß des Geistes der praktischen und theoretischen Juristen, die den Uebergang der alten germanischen Bildungen in die römischen Formen vermittelten, durch eine genaue Kenntniß des Wegs, den unsere Bekanntschaft mit dem römischen Servitutenrecht die vielen Jahrhunderte hindurch gegangen ist, nebst aller seiner Abwege und Irrgänge, — also durch Bedingungen, die der Einzelne nur nach langjährigem, unausgesetztem Forschen wird erfüllen können.

Da aber ein solches Werk immer von dem justinianeischen Servitutenrecht ausgehen muß, so erschien mir eine neue detaillirte Darstellung desselben als eine nothwendige Vorarbeit, indem ich in keiner der vorhandenen Monographieen die römische Servitutenlehre in der Weise behandelt fand, wie es meines Erachtens zu dem bezeichneten Zweck nöthig ist. Eine bloße systematische Aneinanderreihung der einzelnen in unsern Quellen uns überlieferten Rechtssätze kann nicht genügen, um ein klares Bild des ganzen Instituts in seiner charakteristischen Eigenthümlichkeit und allgemeinen Brauchbarkeit zu erzeugen, vielmehr ist dazu erforderlich, daß alle einzelnen Rechtssätze auf die leitenden Principien zurückgeführt werden, aus denen sie hervorgegangen sind, und daß ferner das, was das Bedürfniß geschaffen hat, wie es überall vorhanden ist, von dem getrennt werde, was nur unter den speciell römischen Verhältnissen entstehen konnte, ebenso das, was unmittelbar aus dem Rechtsbewußtsein der Gesammtheit hervorgegangen ist, von dem, was erst durch juristische Kunst aus jenem deducirt worden ist. Außerdem mußten auch die neuen, erst unter den spätern Kaisern in das Servitutenrecht hineingeworfenen Principien, die bei dem Zustand der damaligen Jurisprudenz unentwickelt bleiben mußten, in den übrigen Rechtsstoff so eingefügt werden, daß das damit Unverträgliche entfernt wurde und wieder ein gleichartiges und harmonisches Ganze entstand. In der Hoffnung, daß es mir gelingen werde, den bezeichneten Momenten einen größern Einfluß zu Theil werden zu lassen, und dadurch der römischen Servitutenlehre auch manche neue Seite abzugewinnen, unternahm ich eine selbständige Darstellung derselben, die mir um so gerechtfertigter erschien, als die letzten Jahrzehnte ohnehin so manche bemerkenswerthe neue Ansicht über wichtige und tief eingreifende Fragen zu Tage gefördert haben, die in den für das gesammte Civilrecht bestimmten Lehrbüchern keine erschöpfende

Kritik finden konnten, die aber doch nur völlig gewürdigt werden können, wenn mit ihnen die Probe an der ganzen Servitutenlehre und nicht bloß an einzelnen herausgerissenen Theilen derselben gemacht worden ist.

Die mir gestellte Aufgabe setzte zu ihrer Erfüllung wesentlich voraus, daß die historischen Ausgangspunkte sowohl des ganzen Servitutenbegriffs als der einzelnen römischen Servitutenbildungen aufgesucht wurden, und so war ich vielfach genöthigt, in rechtsgeschichtliche Erörterungen über Institute einzugehen, die im justinianeischen Recht längst ihren Boden verloren hatten. Um meinen ursprünglichen Gesichtspunkt, die Rücksicht auf das heutige praktische Recht, nicht zu verlieren, habe ich es aber überall vermieden, den Leser zu Untersuchungen zu führen, die nur einen antiquarischen Werth haben, und weder die römische Auffassung des Gesammtbegriffs der Servituten aufzuhellen vermögen, noch sich auf solche Bildungen beziehen, die auch bei uns analoge Erscheinungen finden.

Schließlich muß ich noch über mein Verhältniß zu der sehr weitschichtigen Literatur dieser Lehre bemerken, daß ich, um den Umfang dieses Werks nicht unverhältnißmäßig anwachsen zu lassen, und um den Gang meiner Darstellung nicht zu häufig unterbrechen zu müssen, hier darauf verzichtet habe, eine Dogmengeschichte der einzelnen Sätze zu geben, oder auch nur die früheren Schriftsteller, die für oder gegen meine Ansicht gewesen sind, zu nennen. Daß ich darum nicht versäumt habe, aus ihnen Rath und Belehrung zu holen, sondern daß ich überall gesucht habe, wo ich erwarten durfte, Erhebliches zu finden, wird der Kenner hoffentlich bemerken, auch wenn nicht Anhäufungen von Namen und Zahlen es schon dem Auge beweisen. Nur da, wo meine Darstellung sich unmittelbar auf die Anderer stützt, oder die von Andern erhobenen Einwendungen zu widerlegen sucht, sind die nöthigen literarischen Notizen gemacht. Soweit die

Dogmengeschichte zugleich Rechtsgeschichte ist, d. h. soweit die Ansichten der Juristen der Rechtsbildung diese oder jene Richtung zu geben vermochten, wird sie auch in dem Werke über das heutige Servitutenrecht dargestellt werden müssen, dessen Vollendung zwar in weite Ferne gerückt ist, auf die ich aber noch zu hoffen wage.

Göttingen im August 1853.

Rudolf Elvers.

Der Schluß dieses Buchs tritt um Vieles später in die Oeffentlichkeit, als wie ich es bei Ausgabe des ersten Heftes erwartet und versprochen habe. Eine langwierige Krankheit hat mich einige Zeit an der Vollendung des Werks gehindert, und nachher hat der Druck sehr bedeutende Verzögerungen in der Druckerei erleiden müssen. Deßhalb wolle man entschuldigen, wenn manche literarische Erscheinung der beiden letzten Jahre in den ersten Bogen des Schlußhefts, die schon lange gedruckt sind, nicht berücksichtigt worden ist.

Guben im September 1855.

Der Verfasser.

Uebersicht des Inhalts.

Drittes Kapitel. Die zunächst auf städtischen Grundstücken entstandenen Realservituten.

Zweiter Abschnitt. Die Personalservituten.

Erstes Kapitel. Der Usufruct.

Zweites Kapitel. Der Usus.

Drittes Kapitel. Die anomalen Personalservituten.

Dritte Abtheilung. Entstehung und Untergang der Servituten.

Seite

Erstes Kapitel. Abgeleiteter Erwerb der Servituten.

Zweites Kapitel. Originärer Erwerb der Servituten.

Drittes Kapitel. Untergang der Servituten.

Vierte Abtheilung. Der Rechtsschutz der Servituten.

Erstes Kapitel. Actiones.

Zweites Kapitel. Proviſoriſche Schutzmittel für die Ausübung der Servituten.

I. Das System derselben vor Ausbildung der Lehre vom Quasibesitz.

Nachtrag.

Einleitung.

§. 1.

Die Wege- und Wasserleitungsservituten als die ältesten Servitutenbildungen.

Es ist bekanntlich überall die erste Bedingung und die Grundlage jeder höheren Kultur eines Volkes, daß dasselbe feste Wohnsitze einnehme, und, was dadurch nothwendig herbeigeführt wird, daß es die seither unbegrenzten und unendlichen Gefilde in einzelne fest umgrenzte Grundstücke zerlege, — ein Act, der als der Anfang aller Kultur darum auch aller urkundlichen Geschichte weit vorherzugehen pflegt. Durch denselben werden aus der einen Erdoberfläche eine Reihe von einzelnen Sachen gebildet, die in Folge rechtlicher Fiction eine ebenso von einander unabhängige Existenz und Individualität haben, wie die einzelnen beweglichen Sachen, und wenn auch die Grenzen, von denen sie jetzt umgeben sind, jeden Augenblick wieden fallen und sie sich dadurch immer wieder mit den benachbarten Grundstücken vereinen können, so geschieht das doch nur in derselben Weise, wie mehrere bewegliche Sachen ihre Selbständigkeit verlieren und zu einer zusammengefügt werden können. In die alte Ungebundenheit tritt dadurch der Erdboden nicht zurück, sondern aus einer derartigen Vereinigung von Grundstücken entsteht doch wieder nur ein neues, wenn auch größeres, Grundstück.

Die rechtliche gänzliche Unabhängigkeit der einzelnen Grundstücke von einander, wie sie aus der Theilung des Grund und Bodens

hervorgeht, kann aber in ihrer ungemilderten Durchführung die Benutzung desselben, die sie doch befördern soll, gleichwohl unter Umständen unverhältnißmäßig erschweren, ja unmöglich machen, indem häufig einem gänzlich isolirten Grundstück nöthige oder nützliche Eigenschaften durchaus fehlen, während sie ihm ein anderes aus seinem Ueberfluß gar leicht ergänzen kann. Wie daher der einzelne Mensch zum erfolgreichen Kampf mit dem Bedürfniß der Verbindung mit andern Menschen bedarf; so wird in ähnlicher Weise auch eine theilweise Wiedervereinigung der getrennten Grundstücke zum Zwecke der gegenseitigen Ergänzung nöthig sein, um das künstlich zu ersetzen, was die Natur ihnen versagt hat.

Vor allem gilt dies aber von dem ersten Erforderniß eines Grundstücks, wenn es seiner Bestimmung gemäß dem Menschen nutzbar sein soll, von der Möglichkeit auf dasselbe von einem außerhalb liegenden Punkte zu gelangen, indem diese niemals durch ein Grundstück allein gewährt werden kann, sondern voraussetzt, daß man zu diesem Zwecke auch andere Theile der Erdoberfläche berühren darf. Dieses Erforderniß der Zugänglichkeit wird sich denn auch überall mit gleicher und unwiderstehlicher Gewalt geltend machen und sofort die ohnehin einfachen zur Abhülfe geeigneten Rechtsbildungen hervorrufen, während dagegen eine höhere Kulturstufe nöthig ist, um Institute herbeizuführen, wodurch auch andere Eigenschaften künstlich ergänzt werden. In südlichen Klimaten wird sich am dringendsten der Wassermangel geltend machen, und da die Natur auch dem für den Ackerbau noch weniger entwickelten Sinne schon Mittel an die Hand giebt, um diesen Mangel zu ersetzen, so wird dort auch nach dieser Seite hin das Recht am ersten zu einer bestimmten Gestaltung gelangen.

Die Art und Weise, wie den genannten Bedürfnissen Abhülfe gewährt wird, muß aber eine andere sein, wenn durch selbständige Occupation des Grund und Bodens Seitens einzelner Familien die einzelnen Grundstücke aus der Gesammtmasse ausgeschieden werden — eine andere, wenn ein schon gegliedertes und geordnetes Volk ein größeres Territorium in Besitz nimmt und unter sich nach bestimmten Regeln vertheilt. Dies letztere Verhältniß ist das, welches uns auf römischem Gebiet vorzugsweise entgegentritt.

Denn einmal wurde nicht nur im Anfang, wie in den spätern

Perioden der Stadt öffentliches Land unter die Bürger vertheilt, sondern wahrscheinlich war auch schon bei den Völkern, aus denen sich das römische Rechtsleben entwickelte, die Gliederung, zu welcher sie bereits gelangt waren, ehe sie die später innegehabten Sitze einnahmen, auf das eroberte Land übertragen und dasselbe nach bestimmten Regeln unter die Genossen des Volkes vertheilt worden. Die Einrichtungen, die in allen diesen Fällen getroffen worden sind, um jeder einzelnen Parcelle einen Zugang zu sichern, lassen sich noch in der spätern Zeit aus den Regeln erkennen, welche bei Assignation von öffentlichem Land an die Einzelnen und namentlich bei Gründung von Kolonien beobachtet wurden und uns durch die Schriften der Agrimensoren überliefert sind[a]). Bei der großen Stetigkeit, welche hinsichtlich solcher auf dem Grund und Boden basirter Verhältnisse stattfindet, zumal wenn religiöse Lehren, wie das hier der Fall war, ins Spiel kommen, können wir vermuthen, daß in ähnlicher Weise, wie nach den auf uns überkommenen gromatischen Vorschriften die zum Zweck der Abmessung gezogenen Linien (die limites und rigores) zu öffentlichen Wegen erweitert und dadurch jede einzelne Parcelle mit dem Straßennetz der ganzen Kolonie in Verbindung gesetzt wurde[b]), so auch schon gleich bei allen frühern Vertheilungen nicht nur die innere Stadt, sondern auch die ganze Feldmark mit öffentlichen Wegen durchschnitten ist; ja wir können mit Gewißheit annehmen, daß der Zugang zu den entfernten Parcellen niemals dadurch hergestellt worden ist, daß die öffentliche Gewalt, welche das Theilungsverfahren leitete, eine ausschließlich zum Vortheil jener Parcellen auszuübende Wegegerechtigkeit andern Grundstücken auferlegte. Denn wenn es einmal üblich gewesen wäre, bei Theilung des gemeinen Landes nur ein derartiges Verhältniß zu schaffen, das doch immer der Kultur weniger Land entzog, als ein

---

a) Vergleiche Rudorff. gromatische Institutionen im 2ten Bande der Schriften der röm. Feldmesser, herausgegeben von Blume, Lachmann und Rudorff. Berlin 1852.

b) Vgl. Rudorff a. a. O. G. F. Puchta über die Wegeservituten in seinen kleinen civilistischen Schriften S. 78 ff. Wir werden auf die Frage, ob und wie weit die auf den limites geführten Wege öffentliche waren unten im sechsten Kapitel in der Lehre von den servitutähnlichen Verhältnissen zurückkommen.

öffentlicher Weg von bestimmter unabänderlicher Breite, so wird man später nicht den Rückschritt gethan haben, vorzuschreiben, daß nach allen Theilen öffentliche Wege geleitet würden, zumal das für einen entfernt gelegenen Theil gar nicht immer die vortheilhafteste Art ist, um ihm einen Zugang zu verschaffen. Denn da die auf den limites geführten Wege lediglich nach den ein für alle Mal feststehenden Regeln und meistens ohne Rücksicht auf die besondern Umstände angelegt wurden, so konnten sie z. B. nach manchen Punkten, wohin zu gelangen der Besitzer ein besonderes und vielleicht ausschließliches Interesse hatte, im Vergleich zu einem nur nach den Gesetzen der Bequemlichkeit angelegten Privatweg ein Umweg sein[c]).

---

c) Zachariä von Lingenthal [in seiner Abhandlung über die Unterscheidung zwisch. **servitutes rusticae und urbanae.** Heidelb. 1844. S. 18.] nimmt freilich im Gegentheil an, daß gleich bei der ersten Theilung des römischen Gebiets schon durch die theilende Gewalt vermöge der **lex agris dicta** Wege- und Wasserleitungsservituten auferlegt sein, und beruft sich dafür namentlich auf eine Stelle des *Siculus Flaccus* **de condicionibus agrorum**, wonach die Magistrate bei Assignationen in solcher Weise verfahren haben sollen. Der Zusammenhang der fraglichen Stelle ist aber folgender: Der Agrimensor redet von den Inscriptionen, welche den einzelnen Theilen der Kolonie zu geben sind. Er erwähnt zuletzt der „**Excepta**", welche der **auctor divisionis** noch zurückbehalten hat, dann der „**Compascua**", der gemeinsamen Weiden. Nach einer in unserem Texte befindlichen kleinen Lücke fährt er dann so fort (nach der Lachmannschen Ausgabe, Schriften der röm. Feldmesser S. 15):

> **auctores divisionis assignationisque leges quasdam colonis describunt, ut qui agri delubris sepulcrisve publicisque solis *), item **) viae actus ambitus ductusque aquarum, quae publicis utilitatibus servierint ad id usque tempus, quo agri divisiones fierent, in eadem condicione essent qua ante fuerint, nec quicquam utilitatibus publicis derogaverunt.**

Die Lücke wird nun aber dahin auszufüllen sein, daß darin eine weitere Inschrift, etwa die „**Publica**" genannt wurde, und zu deren Erläuterung fügt der Gromatiker dann hinzu: „die Magistrate legen nämlich der Kolonie (also wird hier nicht von der dem einzelnen Acker aufgelegten **lex** gesprochen) gewisse Ge-

*) Hier ist zu ergänzen „**servirent**".

) „Item**" verbessert Lachmann statt des mit jedem Sinne unvereinbaren „**itineris**". Die Entstehung dieses Fehlers wird zu leicht durch die häufige Verbindung von **iter** und **via** erklärt, die den gedankenlosen Abschreiber zu solcher Umwandlung verleiten mochte.

Für diese unter öffentlicher Auctorität getheilten Grundstücke entstanden also die Wegeservituten nicht gleichzeitig mit der ersten

---

setze auf, damit die Aecker, welche Tempel, Gräber und öffentliche Plätze waren, und ebenso die Wege- und Wasserleitungen, welche dem öffentlichen Nutzen bisher dienten, diese Eigenschaft als res publicae behalten, und so ist dem „öffentlichen Nutzen nichts entzogen". In diesem durch den Wortlaut und den Zusammenhang gebotenen Sinne redet die Stelle also nur von öffentlichen Wegen, die bereits auf dem Gebiet bestanden. Zachariä emendirt die Stelle nun freilich anders; er liest statt „qui agri" der Handschriften „quidquid agri" und ändert ferner die Worte „publicisque solis" bis „quae publicis utilitatibus" also ab: „publicis, quidquid soli itineri, viae, actui, ambitui, ductuique aquarum, quicquid publicis utilitatibus" u. s. w. Dadurch erreicht er den Sinn, daß die auctores bei der Theilung das Gesetz darüber geben, daß alles, was von einem Acker Tempeln und öffentlichen Gräbern (die sepulcra publica, zu denen wir so gelangen, möchten auch nicht wieder vorkommen), was Wegen und Wasserleitungen, was dem öffentlichen Nutzen gedient habe, auch ferner diese Natur behalten solle. Wie gesagt, ist aber solche Emendation ganz ungerechtfertigt, und eine Brücke zwischen dem zuletzt ausgesprochenen Gedanken und dem durch eine kleine Lücke davon getrennten (in den Handschriften vorhergehenden) Satze möchte nicht leicht aufzufinden sein. Ein directer Gegenbeweis gegen Zachariäs Annahme liegt aber in dem Schlußsatze der Schrift des *Hyginus*, de generibus controversiarum (Schriften der röm. Feldmesser S. 134):

> De via et actu et itinere et ambitu et accessu et rivis et vallibus fossis fontibus saepe moventur contentiones, quae omnes partes non nostram, sed forensis officii, id est iuris civilis operam exigunt; nos vero tunc eis intervenimus, quum aut derigendum aliquid est quaestionibus, aut si forma aliqua aliquid notatum invenitur, repetendum est.

Darnach also fallen Streitigkeiten über Wegegerechtigkeiten nicht unter die Cognition der Agrimensoren, die doch sonst in allen denjenigen kleinern Sachen zu entscheiden, in den größern als advocati zu fungiren hatten, wo es sich um Verhältnisse handelte, die bei der Assignation des Landes festgestellt waren. Nur in sofern sollen aber die Agrimensoren nach jener Stelle bei solchen Streitigkeiten über Servituten thätig sein, als sie als Sachverständige vernommen werden, sie haben aber nicht selbst eine Cognition. Demnach waren solche Wegegerechtigkeiten auch nicht bei der Assignation auferlegt worden; daß sie dagegen über öffentliche Wege, die mit den limites zusammenfielen, erkannten, wird am Schluß des 2ten Buchs von *Frontinus*, de controversiis agrorum (Schriften der röm. Feldm. S. 58) gesagt.

Abgrenzung und Assignirung; wohl aber war ein Grund für die Entstehung derselben schon in dem ebenberührten Verhältniß vorhanden. Sie konnten dazu dienen, nicht überhaupt einen Zugang zu schaffen, sondern neben einem schon bestehenden einen bequemern und nähern Weg zu gewähren. Ob nun aber auch wirklich hier der erste Entstehungsgrund der Servituten zu suchen ist, das ist eine Frage, für deren Beantwortung uns gar kein Material überliefert ist. Möglich ist es, daß die Befugniß über das Nachbargrundstück zu gehen, Vieh zu treiben u. s. w. zuerst precario oder durch ein Obligationsverhältniß zugestanden wurde, daß letzteres bei der Stetigkeit des Grundbesitzes dem Effecte nach einer Servitut gleich war, da ja dem, welcher die Benutzung des einen Grundstücks zum Durchgang gestattet hatte, und dem, welchem sie gestattet war, immer nur Universalsuccessoren in dem Eigenthum an den Grundstücken zu folgen pflegten, die durch ihre Vorgänger verpflichtet und berechtigt wurden, und daß erst als Veräußerung des assignirten Landes möglich und üblich, und darum unerwartet ein solches lange bestandenes Obligationsverhältniß unzureichend wurde, dasselbe, um ihm seinen frühern Erfolg fernerhin zu sichern, als ein dingliches aufgefaßt wurde.

Ein anderer Grund, der für die durch die öffentliche Auctorität getheilten Grundstücke Wegeservituten schaffen konnte, lag in der Theilbarkeit der assignirten Parcellen. Wenn diese auch Anfangs nicht anerkannt worden ist[d]), so wurde sie doch sicher schon frühzeitig namentlich da zugelassen, wo mehrere Erben succedirten, und war das einmal geschehen, so konnte die Theilung häufig nur dann in befriedigender und allen Verhältnissen gerecht werdender Weise geschehen, wenn dabei auch nöthigen Falls einzelne Theile gemacht werden konnten, die ganz von dem öffentlichen Wege getrennt waren; das setzte aber voraus, daß über die andern Theile ein Zugang gestattet wurde. Daher kann auch die Theilbarkeit des assignirten Landes für Bildung der Wegeservituten wirksam gewesen sein, und sie läßt es auch unwahrscheinlich erscheinen, daß, wie z. B. Griesinger[e]) will, das ältere Recht nur die prekäre Gestattung eines

d) Rudorff a. a. O. S. 303, 381 u. f.

e) De servitute luminum. Lipsiae 1819. S. 124 u. f. f.

Weges zugelassen habe, bis von dem doch erst in verhältnißmäßig sehr später Zeit entstandenen Usufruct die Dinglichkeit auf dies Verhältniß übertragen worden sei. Denn wer einen vom öffentlichen Wege getrennten Theil erhielt, wird sich nicht mit einem nur precario gestatteten Weg begnügt haben, dessen Widerruf jeden Augenblick sein ganzes Eigenthum an dem entferntern Grundstücke, zu dem er dann nicht mehr gelangen konnte, illusorisch machen mußte, und wollte daher das Recht die Theilbarkeit recht nutzbringend machen, so mußte es ein dingliches Recht hier zulassen, und das kann nicht so sehr viel später geschehen sein, als jenes Princip anerkannt wurde.

Wir sagten oben schon, daß sich das Verhältniß ganz anders gestalte, wenn die Ausscheidung der einzelnen Grundstücke aus der Gesammtmasse durch Occupation vor sich gehe. Es ist möglich, daß auch auf dem Gebiete Roms die Abgrenzung für einzelne Gegenden in dieser Weise stattgefunden hat, indem uns schon aus älterer Zeit von Landstrecken berichtet wird, die nach ihrer Eroberung nicht unter die Bürger getheilt und auch nicht im Interesse der Gesammtheit benutzt wurden, sondern der Besitznahme derer, welche die nöthigen Mittel zur Bebauung hatten, oder einst zu haben hofften, Preis gegeben wurde f). Ueber die bei dieser Occupation einzuhaltenden Formen und über die Frage, wie weit die Magistrate dabei mitwirkten und sie regelten, ist uns nichts erhalten; war sie gänzlich dem subjectiven Willen der einzelnen überlassen, und beschränkte sich die öffentliche Gewalt darauf, nur da, wo das Gesammtinteresse es forderte, öffentliche Wege zu führen, so kann die Privatwillkühr bei diesen agri occupatorii Wegegerechtigkeiten, die nur dem einzelnen Occupanten zustanden und keineswegs öffentliche Wege bedingten, herbeigeführt haben. Denn wenn der Occupant sich ein entfernteres Grundstück auswählte, während das nähere, welches vielleicht weniger fruchtbar, oder dessen Bebauung mit sonstigen Nachtheilen verbunden war, noch von niemanden eingenommen war, so mußte er sich auf dieser Strecke die Befugniß zum Gehen, Fahren u. s. w. jedem gegenüber wahren; dagegen aber konnte er sich wohl, wenn und so-

---

f) *Livius* 6, 37. *Hyginus* de conditione agrorum in den Schriften der röm. Feldmesser von Blume u. s. w. S. 115. *Siculus Flaccus* de conditione agrorum daselbst S. 138.

weit er in deren Ausübung nicht gehemmt ward, einer Occupation und Benutzung der fraglichen Fläche Seitens Dritter nicht widersetzen, und so ward ein Verhältniß hergestellt, welches als Wegeservitut aufzufassen ist.

Wir können uns auf diese Weise verschiedene Fälle reconstruiren, wo das Bedürfniß die Bildung der Wegeservituten schon frühe forderte, — welcher der verschiedenen Gründe hauptsächlich wirkte und zuerst dieses Institut zum Abschluß brachte, vermögen wir mit Sicherheit nicht mehr zu ermitteln. Auf keinen Fall dürfen wir aber die älteste und lange Zeit einzige Form der Privatwege über fremde Grundstücke darin suchen, daß derjenige, welcher einen solchen erwerben wollte, das Eigenthum an dem betreffenden Streifen Land erwerben mußte, wie man das nach Bergmanns[g]) Vorgang angenommen hat. Darnach soll der Wegeberechtigte nicht ein bloßes Recht, sondern das Stück Grund und Boden ganz erworben haben, bis erst in späterer Zeit der Begriff der res incorporalis auf dies Verhältniß übertragen wurde. Gegen diese Annahme spricht von Vorne herein Folgendes: War der Wegeberechtigte Eigenthümer des Wegs, so konnte er in Folge seines Eigenthums jedes Betreten desselben verbieten, und das Grundstück, über welches der Weg hinlief, war auf diese Weise gänzlich zerrissen, so daß jede gemeinsame Benutzung der Theile unmöglich geworden war. Das Ueberschreiten des Wegs Seitens des Eigenthümers dieser Theile, welches dem Wegeberechtigten ganz gleichgültig sein konnte, hätte doch nur in Folge eines widerruflichen Precariums oder eines seit der Veräußerlichkeit der Grundstücke dauernd ungenügenden Obligationsverhältnisses gestattet werden können. Daß nun aber das Recht in solcher Weise gegen alle Interessen des Lebens nur allein aus Unbeholfenheit angekämpft habe, das anzunehmen, werden wir durch nichts gerechtfertigt. Dazu kommt als ein zweiter direkter Grund gegen jene Ansicht, daß die beiden Formen der Wegeservituten, welche, wie später zu entwickeln

---

g) Animadversionum de indole Roman. iurium in re. Spec. I. Götting. 1805. Du Roi in seiner Abhandlung über actio in rem und actio in personam im Archiv für civ. Praxis. Bd. 6. S. 236 ff.

ist[h]), allen Anzeichen nach die ältern sind, actus und iter, gar nicht immer einen bestimmten Weg voraussetzen, sondern sogar der Regel nach, wenn nichts anderes ausdrücklich festgesetzt ist, das ganze dienende Grundstück umfassen, und kein Anhaltspunkt vorhanden ist, welcher vermuthen läßt, daß es jemals anders gewesen ist. Bei einem solchen Sachverhalt ist aber die Annahme, daß der durch den Weg berührte Theil in das Eigenthum des Wegeberechtigten übergegangen sei, durchaus unmöglich.

Fragen wir schließlich nach den ältesten Ueberlieferungen, welche uns ein positives Zeugniß für die Existenz der Wegeservituten geben, so hat man früher allgemein zwei Fragmente der 12 Tafeln auf dieselben beziehen wollen, nämlich erstens das von *Varro* de lingua Lat. 7, § 15 und von Gaius in l. 8 de S. P. R. 8, 3 überlieferte Fragment:

Viae latitudo in porrectum VIII. P. habet, in amfractum XVI. und sodann das von Cicero in der Rede für Cäcina c. 19 berührte:

Si via sit immunita, jubet (lex) qua velit agere jumentum. Allein es ist möglich und für die letztere Stelle aus gewichtigen Gründen sogar wahrscheinlich[i]), daß diese Fragmente zunächst nicht von den Servituten, sondern von den öffentlichen Wegen reden, wenn gleich die erstere Stelle später auch auf die eine Art der Wegeservituten, die via, angewandt wurde[k]). Unzweifelhaft erwähnt die Wegeservituten erst Cicero in der Rede für Cäcina c. 13 und 26.

Wir haben oben den Wassermangel als das Bedürfniß hingestellt, welches sich in südlichen Klimaten sehr frühe zeigt, und dessen Abhülfe aus dem Ueberfluß eines andern Grundstücks die Natur selbst bald an die Hand giebt, und demgemäß ist denn auch die auf Abhülfe dieses Mangels gerichtete Wasserleitungsservitut (aquaeductus) eine der ältesten Rechtsbildungen auf dem Gebiete der Servituten. Ueber die Art und Weise und über die Zeit der Entstehung ist uns

h) Siehe unten in der Lehre von den Wegeservituten.

i) Puchta a. a. O. S. 78—91. Huschke in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 12. S. 393 ff.

k) L 13 § 2 und 3 de S. P. R. 8, 3; l. 6 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

nichts erhalten, und wird der Entwicklungsgang analog dem der Wegeservituten gewesen sein. Nur hat sie so, wie sie uns in unsern Rechtsquellen entgegentritt, mitunter eine Gestalt angenommen, welche sie als Nachbildung der durch die öffentliche Gewalt angelegten und ausschließlich auf öffentlichen Grund und Boden geführten [l]) Wasserleitungen erscheinen läßt. Wenn nach dem Zeugniß des Frontinus [m]), der, selbst Beamter bei den römischen Wasserleitungen, sich mit der Geschichte jeder einzelnen beschäftigt hat, erst viele Jahrhunderte nach der Erbauung der Stadt die erste öffentliche Wasserleitung angelegt sein soll, so ist darum doch nicht nöthig, daß die ersten Anfänge dieser Servitut auch in so späte Zeit fallen, vielmehr können jene Elemente, welche mit den öffentlichen Wasserleitungen zusammenhängen, ihr in späterer Zeit angefügt sein, und dagegen in kleinern Verhältnissen und unter nahe benachbarten Grundstücken schon frühe ein Recht auf Benutzung des auf einem fremden Grundstück entspringenden Wassers möglich gewesen sein. Auch ist uns ein Zeugniß erhalten, nach welchem die 12 Tafeln schon von Privatwasserleitungen handelten, und zwar solchen, die über öffentliche Wege geführt waren; daß sie demnach auch solche gekannt haben, welche über fremde Grundstücke gingen, auch ferner die darauf gerichtete Servitut, möchte unzweifelhaft sein. Paulus sagt nämlich in l. 5 ne quid in loco publ. 43, 8:

> Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caveatur.

Von einem öffentlichen Aquäduct kann die Stelle nicht verstanden werden, denn gegen wen sollte da die Klage auf Entschädigung gerichtet sein?

Wenn wir demnach im Allgemeinen über die Art und die Zeit der Entstehung der Wege- und Wasserleitungsservituten nur Vermuthungen aufstellen können, so haben wir dagegen mancherlei Anzeichen, welche mit Gewißheit darauf hindeuten, daß diese Bildungen, die, wie wir oben ausführten, dem stets zuerst hervortretenden Be-

---

l) *Frontinus* de aquaeductibus c. 128, ed. Dederich. Vesaliae 1841. S. 128.

m) Daselbst c. 4, S. 8.

dürfniß abhelfen sollen, auch wirklich in der römischen Rechtsentwicklung die ältesten Servituten, oder wenigstens die ältesten Realservituten sind.

Dafür spricht nämlich vor Allem der Umstand, daß sie noch zur Zeit der Pandektenjuristen nicht nur als stehende, alt hergebrachte Beispiele, sondern als Repräsentanten der ganzen Masse der damals anerkannten Servituten behandelt und manche Regeln, die für alle Servituten gelten, nur für sie ausgesprochen werden[n]). Seit der Zeit, wo iter, actus, via und aquaeductus allein standen, scheint diese Form eine stehende geblieben zu sein. Ja Ulpian scheidet noch diese vier Servituten, als die einzigen wirklichen Realservituten, von den ihnen nur nachgebildeten andern Arten. In l. 1 pr. de S. P. R. 8, 3. sagt er:

> Servitutes praediorum rusticorum sunt hae: iter, actus, via, aquaeductus[o]).

Dann folgen Definitionen dieser vier Servituten, und dann fährt er in §. 1. fort:

> In *rusticis computanda* sunt: aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae.

In Justinians Institutionen[p]), welche diese Stelle aus Ulpians Institutionen aufgenommen haben, lautet sie sogar und wahrscheinlich in ihrer ursprünglichen Gestalt, da eine derartige Verbesserung Seitens der Compilatoren ganz sinnlos wäre, also:

> In rusticorum praediorum servitutes *quidam computari recte putant* aquaehaustum, pecoris ad aquam appulsum etc.

Es ist ferner die Beobachtung gemacht worden[q]), daß, wenn auch

---

n) Pomponius in l. 17 de serv. 8, 1; l. 3 § 2 de act. emti vend. 19, 1. Julianus in l. 4 de aq. quot. 43, 20. Paulus in Sent. Rec. I, 17; in l. 26 de S. P. R.; l. 1 de usu legato 33, 2; l. 7 de aq. quot.

o) Ulpian nennt ferner nur diese vier Servituten in Fragm. t. 19 § 1; l. 72. de V. O. 45, 1. u. a. a. O.

p) § 2 J. de servitut. 2, 3.

q) Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen serv. rust. und urbanae. S. 28 f.



alle neuern Juristen von **Marcellus**, **Scävola**, **Papinian** u. s. w. an, noch andere Rusticalservituten, als die vier genannten anerkennen, von den ältern nur **Trebatius** (l. 1 § 18 de aqua quot. 43, 20), **Labeo** (l. 17 quemadm. serv. amitt. 8, 6), **Proculus** und **Atilicinus** (l. 5 § 1 de S. P. R. 8, 3) und **Neratius** (l. 2. 3. 5. § 1 de S. P. R. 8, 3) solche erwähnen, die wahrscheinlich alle der Schule der **Proculejaner** angehörten, während von den **Sabinianern**, wenn man von **Pomponius** (l. 15 pr. de serv., l. 20 § 3 de S. P. R.) absieht, dessen unbedingte Anhänglichkeit an diese Schule zweifelhaft ist, keine einzige Stelle erhalten ist, die eine andere Rusticalservitut nennt. Darum ist es auch möglich und wahrscheinlich, daß der Sabinianer **Gaius** unter iura praediorum rusticorum nur jene vier begreift[r]). Wenn **Cicero** in der Rede für Cäcina (5. 74) dagegen sagt:

> Aquaeductus, *hautus*, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.

und so die servitus haustus ebenfalls als Repräsentanten aller Servituten setzt, so kann diese Redeverzierung eines Nichtjuristen weder dafür sprechen, daß die via damals noch nicht als selbständige Realservitut bestand[s]), noch dafür, daß dem haustus eine gleiche Stellung, wie den vier oft genannten Servituten anzuweisen sei. Wo die Formeln der Jurisprudenz eingehalten werden, wird ihm solche nie ertheilt.

Ein weiterer Grund für das höhere Alter der Wege- und Wasserleitungsservituten läßt sich daraus entnehmen, daß zur Zeit der klassischen Juristen die vier genannten Servituten allein von allen übrigen Real- wie Personalservituten zu den *res mancipi* gerechnet wurden. Bekanntlich hat man die Unterscheidung zwischen res mancipi und nec mancipi, über deren Entstehung und ursprüngliche Bedeutung uns kein direct redendes Zeugniß erhalten ist, auf die verschiedenartigste Weise zu erklären gesucht, und fast hat kein

---

r) Comment. Inst. II, §. 17 und 29. Nur diese erwähnt er auch II, §. 31. und IV, §. 3. In l. 19. quibus mod. usfr. amittitur sagt er sogar mit Weglassung der via und des aquaeductus: Neque ususfructus, neque iter actusve domini mutatione amittitur.

s) Wie **Puchta** a. a. O. S. 93 und 130 folgert.

Punkt der römischen Rechtsgeschichte zu so vielen und mannigfachen Conjecturen Veranlassung gegeben[1]). Welcher der verschiedenen Ansichten man nun aber auch folgen möge, so ist es doch als ein feststehendes Resultat anzunehmen, daß der Ursprung dieser Eintheilung der Sachen in einer frühen Zeit zu suchen ist, und ferner, daß die Zahl der res mancipi, so weit wir es verfolgen können, eine geschlossene, nicht etwa durch Analogieen und Zweckmäßigkeitsgründe beliebig zu vermehrende war. So sagt **Ulpian** in Fragm. tit. 19. § 1 ausdrücklich, daß Kamele und Elephanten, „quamvis collo dorsove domentur", keine res mancipi sein. Von **einer** erweiterten Anwendung der Mancipation über ihre ursprünglichen Grenzen sind uns freilich Spuren erhalten; die familia und pecunia, welche nach der Bestimmung der 12 Tafeln nur durch eine lex vermacht werden konnte, scheint erst durch die Anwendung, welche von der andern Bestimmung der 12 Tafeln: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, zu einer res mancipi geworden zu sein[2]). Allein der Uebergang, auf welchem das Recht diese Ausdehnung in einer doch schon immer frühen Periode vornahm, läßt sich leicht reconstruiren. Weil in jeder Erbschaft, namentlich in älterer Zeit, regelmäßig res mancipi vorgekommen sein werden, so konnte die Mancipation einer familia und pecunia als die Mancipation aller darin enthaltenen res mancipi aufgefaßt werden, und die Verfügung über die übrigen Sachen galt als eine der zulässigen Nebenbestimmungen. Bei dieser regelmäßig möglichen Auffassung ward nicht stets untersucht, ob res mancipi in der Erbschaft enthalten waren, bis die Mancipation eine stehende und an sich zulässige Vergabungsform geworden war. Darum verändert diese eine Erweiterung der

---

1) Grade diese Fülle von Ansichten, die hier zu berücksichtigen ist, macht es unmöglich, diese Fragen kurz abzuhandeln, und wir übergehen sie darum, da sie für unsern Zweck doch nur ein sehr untergeordnetes Interesse hat. Viele der verschiedenen Conjecturen werden zusammengestellt von G. F. **Puchta**, Institutionen Bd. II. §. 238. Zu den dort erwähnten Ansichten kömmt jetzt noch eine neue von **Ihering**, Geist des röm. R. Bd. I. S. 132 u. ff. S. 206 u. ff.

2) **Rudorff** in Richters und Schneiders kritischen Jahrbüchern 1844. Bd. 15. S. 321.

res mancipi über ihren ursprünglichen Kreis noch nicht den Charakter derselben, vermöge dessen sie ausschließlich und aus Gründen, die nur in der frühsten Zeit zu suchen sind, diese ausgezeichnete Stellung haben.

Hiernach ist es nun schon im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß, wie man das häufig annimmt, neben den übrigen genau specialisirten Sachen, neben dem fundus Italicus, den Sklaven, den Ochsen, Pferden, Mäulern und Eseln allgemein die ganze Klasse der servitutes praediorum rusticorum den res mancipi zugezählt worden sei, also darunter einzelne Bildungen, welche erst in spätern Zeiten entstanden, ja nach der Anschauung der klassischen Juristen fortwährend vermehrt und verändert werden konnten[v]). Daß kein innerer Grund für eine solche scharfe Entgegenstellung aller Rustical- und aller Urbanservituten aufgefunden werden kann, werden wir später weiter ausführen.

Prüfen wir nun aber die Quellen, aus denen die Lehre von der Mancipation aller Rusticalservituten hervorgegangen ist, so werden dafür einmal zwei Stellen des Gaius angeführt (Comm. Inst. II. § 17[w]) und § 29), worin allgemein die Mancipation der jura praediorum rusticorum erwähnt wird. Nach den obigen Ausführungen ist es aber wahrscheinlich und wenigstens möglich, daß Gaius mit allen Sabinianern nur die Weg- und Wasserleitungsservituten als jura praediorum rusticorum anerkannte, und deßhalb vermögen diese Stellen allein nicht zu beweisen, daß alle Feldservituten res mancipi sind. Weiter soll das hervorgehen aus *Ulpians* Fragm. tit. 19, § 1:

> Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, *qualis* est fundus, quam urbana, *qualis* domus; item jura praediorum rusticorum, *velut* via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, *velut* boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt.

v) Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen serv. rusticae und urbanae. S. 12—31.

w) Dieser nur sehr fragmentarisch erhaltene Paragraph spricht erst nach einer kühnen und fast unwahrscheinlichen Restitution von unserer Frage. Zachariä a. a. O. S. 25 u. 26.

Auf den ersten Anblick scheint es hier wirklich, als ob allgemein die Eigenschaft einer res mancipi allen Feldservituten beigelegt, und die durch ein „velut“ eingeführten vier einzelnen Servituten nur als Beispiele genannt werden. Eine nähere Betrachtung zeigt aber, wie in der ganzen Stelle gleichmäßig erst eine allgemeine Kategorie aufgestellt, und dann mit „qualis“ oder „velut“ die einzelnen Arten aufgeführt werden. Nun ist jedoch unzweifelhaft, daß der fundus das einzige praedium rusticum und domus das einzige praedium urbanum ist, ferner daß die boves, muli, equi, asini die einzigen hierhergehörigen quadrupedes quae dorso collove domantur sind [Ulpian bestätigt es selbst gleich darauf durch Ausschließung der elefanti und cameli), und deßhalb fordert der gleichmäßige Bau des Satzes schon, daß man nicht übersetzt: „ebenso sind die Rusticalservituten, wie z. B. die via u. s. w. res mancipi“, sondern so: „ebenfalls sind Rusticalservituten, nämlich die via u. s. w., res mancipi“. Dafür spricht der auch sonst bei Ulpian beobachtete Sprachgebrauch[x]), nach welchem veluti nicht zur Anführung von Beispielen gebraucht wird, sondern etwa mit scilicet oder id est gleichbedeutend ist.

So wenig dieses Fragment Ulpians demnach alle Feldservituten den res mancipi zu vindiciren vermag, so wenig kann das allein durch ein argumentum a contrario aus §. 45. der Vaticanischen Fragmente entnommen werden, worin die servitutes praediorum urbanorum dem Usufruct in der Hinsicht gleichgestellt werden, daß sie nur durch in jure cessio, nicht durch mancipatio errichtet werden können. Daß alle servitutes praediorum rusticorum res mancipi seien, hat er dadurch nicht sagen wollen; da aber einige von ihnen es sind, mußte er die nur beiläufig und kurz gemachte Bemerkung auf die Gebäudeservituten beschränken[y]).

Während die hier vertheidigte Ansicht durch die Quellen nicht widerlegt wird, so wird sie dagegen noch dadurch unterstützt, daß in l. 3 § 2 de S. P. R. 8, 3 die Errichtung anderer Rusticalservituten durch „cedere“ bezeichnet wird, also der hier redende

x) Ulp. Fragm. tit. 10, § 2; l. 18 de V. S. und in dem wahrscheinlich von Ulpian entnommenen § 4 J. de jure naturali et gent.

y) Vgl. über alles dieses Zachariä v. Lingenthal a. a. O.

Proculejaner eine in jure cessio im Auge hat, während doch da, wo Mancipation zulässig war, diese als die bequemere Form der Regel nach eingehalten sein wird. Wenn die Beweiskraft dieses Umstandes auch sehr gering ist, so vermag er doch immer bei Abwägung der für und gegen die obige Ansicht sprechenden Gründe dieselbe etwas zu unterstützen, zumal ihm so bedeutende innere Gründe zur Seite stehen.

Die bei den vier Wege- und Wasserleitungsservituten ausschließlich zulässige Mancipation ist demnach ein weiterer gewichtiger Grund, um ein höheres Alter derselben allen andern Realservituten gegenüber zu beweisen.

§. 2.

Entstehung des Ususfructus.

Die Wege- und Wasserleitungsservituten haben wir als die ältesten Bildungen auf dem Gebiete der Realservituten kennen gelernt. Ihr größter Gegensatz im ganzen Kreise der Servituten möchte der Ususfruct sein, der aber gleichwohl der Zeit nach wahrscheinlich am ersten nach ihnen entstanden ist, und der auf jeden Fall die älteste Personalservitut ist. Dennoch gehört er seinem ganzen Charakter nach einer spätern Zeit an. Er hatte nicht den Zweck, die dringendsten und ersten Bedürfnisse des Landbaus zu befriedigen, und darum mußte schon das eiserne Zeitalter des Rechts überstanden sein und den Billigkeitsgefühlen und individuellen Wünschen im Rechte Rechnung getragen werden, als dieses Institut Eingang zu finden vermochte. In den letztwilligen Verfügungen scheinen die ersten Anfänge desselben gesucht werden zu müssen, und noch in späterer Zeit galt die Errichtung durch Testament als die regelmäßige und auch wohl häufigere Entstehungsart. Denn während z. B. in dem Institutionentitel *de servitutibus* (II, 3) zuerst die Entstehung unter Lebenden behandelt und dann fortgefahren wird: „potest etiam testamento" u. s. w., steht dagegen in dem folgenden Titel *de usufructu* die Errichtung durch Testament voran, und dann folgt gleichsam als Ausnahme: „si quis velit sine testamento constituere usumfructum". Ebenso ist in dem Senatusconsult, welches der

Ausdehnung des Ususfructs auf verbrauchbare Sachen den Weg bahnte, bloß von dem Legat eines Ususfructs die Rede[a]).

Um die Entstehung desselben uns zu veranschaulichen, so kann die erste Veranlassung möglicher Weise da zu suchen sein, wo jemand seinem Ehegatten, dem das römische Erbrecht fast nie ein ausschließliches Intestatsuccessionsrecht gab, für seine Lebensdauer in dem factischen Verhältnisse zu allen den Sachen lassen wollte, die diesen seither in Folge des ehelichen Zusammenlebens umgeben hatten, ohne daß er sie deßhalb dem eigentlichen Erben entziehen und der Familie des andern Ehegatten zuwenden wollte. Das spätere Recht hätte ein ähnliches Resultat auch durch Auflegung von Fideicommissen erreichen können, so daß die Sachen dem Ehegatten legirt und ihm die Herausgabe derselben nach seinem Tode an die Erben auferlegt wurde; dem formalen ältern Recht fehlte aber eine derartige leichte Behandlungsweise, namentlich da es keine Onerirung der Legatare kannte[b]). Dadurch aber allein, daß dem Erben die persönliche Verpflichtung auferlegt wurde, die Benutzung der Sache der honorirten Person während ihrer Lebenszeit zu gestatten, wäre dies Verhältniß noch immer nicht ganz in der beabsichtigten Weise hergestellt, vielmehr konnte der Erbe, wenn er auch zur Entschädigung verantwortlich blieb, die Sache veräußern u. s. w., und so war hier der Nießbrauch immer noch manchen Gefahren ausgesetzt. Vielleicht aber kann in diesem Obligationsverhältniß der Uebergang zu suchen sein, durch welchen sich der Ususfruct als Servitut Bahn brach.

Sollte nämlich für den Erben eine Obligation durch eine Auflegung von Legaten entstehen, so mußte dies per damnationem geschehen, und also im Testament gesagt sein: Heres damnas esto usumfructum Titio concedere. War in derartigen Legaten der Name Ususfruct zu einem technischen geworden, der eine bestimmte Art und Weise der Benutzung der Sache bezeichnete, so lag die Versuchung nahe, sofort also zu verfügen: Titio usumfructum do lego, oder: Titio ususfructus esto, oder auch: Titius usumfructum sibi habeto u. s. w., also unter Anwendung der Form per vindi-

a) L. 1 de usufr. ear. rer. 7, 5. Vgl. [illegible] R o i in seiner Abhandlung über actio in rem und actio in personam im Archiv für civ. Pr. Bd. VI. S. 296.

b) Gaj. II, 260, 271.

cationem. Diese erzeugte aber bis zu dem bekannten Senatusconsult unter Nero keine Obligation für den Erben, und sollte daher ein solches Legat irgend welchen Erfolg haben, so mußte man ein dingliches Recht annehmen. Dazu war man aber um so geneigter, als man seither schon begonnen haben mochte, sich den Ususfruct als ein unmittelbares Verhältniß des Legatars zur Sache vorzustellen, und man ohnehin hier eine Lücke im Rechte fühlen mochte, man ferner auch gewohnt war, den letztwilligen Verfügungen eine fast unbedingte Auctorität zuzugestehen. Dies kann der Weg gewesen sein, den das Recht zur Bildung dieser Servitut eingeschlagen hat, ohne daß es jedoch darum nöthig ist, daß sich die damalige Zeit der ganzen Folge dieses Schritts bewußt war. Möglich ist es ebenfalls, wie man auch hat behaupten wollen, daß der Ususfruct sich nach dem Vorbild des für Hypothesen so ergiebigen ager publicus gebildet hat und schon bei diesem ein derartiges vorübergehendes auf die individuelle Person beschränktes Nutzungsrecht vorgekommen ist.

Auf jeden Fall muß der Ususfruct schon frühe, vielleicht bald nach den 12 Tafeln entstanden sein, und zwar lange vor den übrigen Personalservituten. Dafür spricht einmal wieder, daß er durchschnittlich als der Repräsentant der ganzen Klasse behandelt wird, so daß die meisten Regeln nur für ihn ausgesprochen und die andern Bildungen nur als Abarten aufgeführt werden, bei denen nur das Abweichende bemerkt zu werden braucht. Ferner mag ein, wenn auch geringer Anhaltspunkt für das höhere Alter daraus entnommen werden, daß schon der Name *ususfructus*[c]) ein ausschließliches Eigenthum dieser Servitutenbildung ist, während sowohl *usus*[d]), *habitatio*[e]) und *operae*[f]) ebenso häufig zur Bezeichnung anderer Verhältnisse, namentlich Obligationsverhältnisse, gebraucht werden.

---

c) Das Verbum frui, welches diesem Substantiv entspricht und die Befugniß bezeichnet, wozu der Ususfruct berechtigt, wird dagegen durchaus nicht für dies Verhältniß ausschließlich gebraucht, vielmehr wird z. B. zur Bezeichnung eines Miethverhältnisses gesagt: „si forte rem aliquam tibi *utendam sive fruendam* quis dederit". § 2 J. de locat. et cond. 3, 24. u. a. a. O.

d) § 2 J. quib. mod. re contr. 3, 14; § 5 J. de loc. et cond. 3, 24. u. a. a. O.

e) L. 19 § 6, l. 24 § 2, l. 25 § 1 locati cond. 19, 2 u. a. a. O.

f) L. 1 § 18 de exercit. act. 14, 1. u. a. a. O.

So finden wir dann auch schon den Usufruct, jedoch auch nur ihn, nicht die anderen Personalservituten, bei Cicero als ein völlig ausgebildetes und abgeschlossenes Institut erwähnt, namentlich in der Rede für Cäcina, wo schon von dem Legate eines ususfructus bonorum zu einer ideellen Hälfte gehandelt wird[g]).

§. 3.

Die Bildung des Gesammtbegriffs der Servituten und dessen Bedeutung für das Rechtssystem.

Die Wege- und Wasserleitungsservituten auf der einen, der Usufruct auf der andern Seite, stellen sich äußerlich als gar verschiedene Institute dar; dort unendliche Dauer — hier Beschränkung auf die Dauer eines individuellen Lebens; dort eine einzelne eng umgrenzte Befugniß — hier eine Fülle von Befugnissen, die dem Eigenthum ähnlich nur in der Beschaffenheit der belasteten Sache eine Gränze findet, und wie dieses eine ausschließliche Detention der ganzen Sache zu verleihen vermag. Bei der so gänzlich verschiedenen Gestalt dieser Institute wird man da, wo die Rechtswissenschaft noch in ihren Anfängen war, die gemeinsamen Elemente schwerlich schon erkannt haben, vielmehr wird auf beiden Seiten ein getrennter Entwicklungsgang eingehalten worden sein. Aber diese weite Kluft zwischen beiden füllte sich, als das Leben eine Reihe von Bildungen schuf, welche sich zwar um diese ursprünglich gegebenen Kernpunkte kristallisirten, aber doch auch von dem entgegengesetzten Pole Elemente annahmen[a]). Die Wasserleitungsservitut hatte schon angebahnt, daß etwas aus dem Ertrage der einen Sache der andern zugeführt werden konnte; nach dieser Richtung gingen die auf Graben von Sand oder auf Brechen von Steinen gerichteten Servituten noch weiter, und wurde durch dieselben erst das Recht, Holz zu fällen,

---

g) c. 4, § 11. Cicero Topic. c. 3 § 15 speicht von einem ususfructus aedium, daselbst c. 4 § 21 von einem ususfructus ancillarum und c. 3 § 17 von einem ususfructus bonorum. Ueberall wird, was der obigen Ausführung entspricht, Entstehung duech Legat vorausgesetzt.

a) Ueber die Art und Weise, wie die einzelnen Arten der Servituten sich Bahn beachen, wied unten gesprochen (§ 15 und § 20).

oder Vieh auf die Weide zu schicken, verliehen, so konnten unter Umständen zwischen Usufruct und Realservitut hinsichtlich der Qualität und Quantität der Befugniß, wozu sie ermächtigten, kein Unterschied mehr sein; sie unterschieden sich nur noch durch die verschiedene Dauer. So erkennt auch l. 32 de usufr. 7, 1 an, daß der Usufruct an einem Grundstück häufig nur die Befugniß verleihen können, Vieh auf die Weide zu treiben.

Auf der andern Seite war auch das Princip, daß der Usufruct seine reguläre Gestalt durch den Willen der Constituenten verändern könne, ebenfalls thätig, um das Bewußtsein von der gemeinsamen Grundlage beider Institute zu erwecken. Der Usufruct konnte von dem Besitz eines herrschenden Grundstücks abhängig gemacht und ihm in dem einzelnen Falle so viele Attribute entzogen werden, daß ihm nur ein Inhalt blieb, der auch Gegenstand einer Realservitut sein konnte, und so war wieder nur die verschiedene Dauer ein charakteristisches Moment.

Diesen Erscheinungen gegenüber erkannte denn nun auch das römische Rechtsleben der spätern Zeit den gemeinsamen Grundbegriff an, der allen den Bildungen von den Wegeservituten bis zum Usufruct zu Grunde liegt, und das manifestirt sich vor Allem dadurch, daß der Name „Servituten" zu einem Gesammteigenthume dieser sämmtlichen Formen wurde.

Der erste gemeinsame Name für die Wege- und Wasserleitungsservituten wird *jura praediorum* gewesen sein, der, als sich die Gebäudeservituten, die *jura praediorum urbanorum*, gebildet hatten, zu *jura praediorum rusticorum* erweitert, auch die übrigen ländlichen Servituten umfaßte. In zu frühe Zeit darf jedoch die Entstehung dieser Namen ebenfalls nicht gesetzt werden. Denn den ältesten Zuständen mangelt die Fähigkeit, von den einzelnen Fällen zu abstrahiren, und dieselben zu einem systematischen Ganzen zu vereinigen; am wenigsten aber wird schon da ein Name aufgestellt worden sein, der voraussetzt, daß ein complicirterer Rechtsbegriff, ein Recht, welches von einer Sache getragen wird, bereits zum Bewußtsein gelangt ist. Noch späterer Zeit gehört der Name *servitutes* an, der in seiner ältesten und engsten Bedeutung diese beiden Arten der Realservituten allein umfaßt. So sagt Gaius (Epitome II, 1 § 3):

Haec jura tam rusticorum, quam urbanorum praediorum servitutes appellantur. Vgl. § 3 J. de reb. corpor. II, 2; l. 1 § 1 de div. rer. 1, 8.

Es möchte nicht bezweifelt werden können, daß der Name servitus zunächst das unfreie Verhältniß eines Menschen bezeichnet hat, und nur in Folge einer Uebertragung dieser Anschauung auf die Grundverhältnisse zu der nachher so hervorragenden Bedeutung gelangt ist. Die Vergleichungspunkte der beiden durch einen Namen bezeichneten Verhältnisse sind darin zu suchen, daß wie der mit einer Servitut behaftete Mensch, der servus, der ihm von der Natur gegebenen Bestimmung entzogen, seiner Freiheit beraubt und einer Person unterworfen ist, so auch der mit einer Servitut belastete Acker, der fundus servus[b]), seiner natürlichen Bestimmung, der Freiheit, entzogen ist. Diese besteht aber nicht, wie bei dem Menschen, darin, daß er jeder Herrschaft einer Person entzogen ist, sondern, da auch nach römischer Anschauungsweise alle Sachen der Dienstbarkeit des Menschen unterworfen sind, darin, daß er seinem Herrn ganz und unbeschränkt zu dienen vermöge, und darum ist das eine Sklaverei der Sache, wo dritte Personen Rechte an ihr behaupten können, die sie theilweise verhindert, ihrem Eigenthümer Nutzen zu gewähren. Man sieht, der Gedankengang, welcher den Namen Servitut auf die Verhältnisse von Sachen ausdehnen ließ, setzt schon eine verfeinerte Rechtsanschauung voraus, die sich nicht bloß durch die äußern zunächst in die Augen fallenden Merkmale bestimmen läßt, sondern die tiefer liegenden mehr innerlichen Kriterien zu erkennen und zu berücksichtigen weiß. So möchte denn der Name Servitut auch in seiner engern auf die Realservituten beschränkten Bedeutung nicht grade allzu fern von der Zeit der klassischen Jurisprudenz entstanden sein.

Erst innerhalb dieser Zeit gelangte er dahin, auch die so genannten Personalservituten, und namentlich den Usufruct zu umfassen[c]), aber wenn damit auch die Anerkennung des gemeinsamen

---

b) L. 20 § 1 de acquir. rer. dom. 41, 1; l. 6 § 3, l. 15 comm. pr. 8, 4.

c) Wie wenig der Name zu einer abgeschlossenen Bedeutung gelangt war, ersehen wir daraus, daß Julian in l. 86 § 4 de leg. I. 30 die Superficies als eine Servitut bezeichnet.

Grundbegriffs dieser Rechtsbildungen zum Abschluß gelangt war, so blieb diese Anerkennung doch eine mehr äußerliche, welche nicht die ganze Jurisprudenz durchdrang, und welche nicht die nöthigen Folgerungen für die Vereinfachung des Systems zu veranlassen vermochte. Um das näher zu begründen, so erkennen nach der einen Seite hin eine Reihe von Stellen die Eigenschaft des Ususfructs als Servitut an. Marcianus sagt in dem an die Spitze des 8ten Buches der Pandecten gestellten Fragment:

> Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitus rusticorum praediorum et urbanorum.

Paulus sagt in l. 25 de V. S.:

> — quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter.

Ebenso sprechen Paulus in l. 1 § 9 ad leg. Falcid. 35, 2, Ulpian in l. 6 § 4 si serv. vindic. 8, 5 und Papinian in l. 66 § 6 de leg. II. 31 von ceterae servitutes, nachdem sie vorher vom Ususfruct gehandelt haben, Paulus nennt in l. 1 de usu et usufr. legato 33, 2 den Ususfruct an einer Wegeservitut servitus servitutis, und endlich redet Papinian in l. 57 de usufr. von einem Grundstück, quod ei per usumfructum serviebat.

Wenn wir aber gleichwohl sagten, daß diese Anerkennung des Ususfructs eine äußerliche geblieben sei, so gingen wir davon aus, daß ein jeder von der Theorie aus den einzelnen Rechtssätzen entwickelter Rechtsbegriff sich dadurch als richtig und namentlich auch als zweckgemäß erproben muß, daß es mit seiner Hülfe möglich wird, die einzelnen von den Theilen handelnden Rechtssätze nunmehr zu einem sie alle umfassenden Satz zu vereinigen und dadurch das Rechtssystem zu vereinfachen[d]). Diese Probe macht aber das römische Recht mit dem Gesammtbegriff der Servituten keineswegs, und namentlich finden wir in den Rechtsbüchern Justinian's eine ganz getrennte Behandlung der dinglichen und der persönlichen Servituten. So ist Buch II, Titel 3 der Institutionen überschrieben: De *servitutibus*, Titel 4: De *usufructu*, Titel 5: De *usu et habitatione*, ja noch auffallender handelt in den Pandecten das 7te Buch über

d) Vgl. hierüber die Ausführungen Jherings in seinem „Geist des Römischen Rechts“ Bd. I. § 3.

den Usufruct, den Usus, die operae servorum und die Habitatio, das 8te dann erst über die Servituten, und außer dem oben citirten ersten Fragment des ersten Titels ist fast ausschließlich von den Realservituten die Rede. Ebenso ist das Verhältniß im dritten Buch des Codex, wo Titel 33: *De usufructu et habitatione et ministerio servorum*, Titel 34: *De servitutibus et aqua* handelt. Und daß diese Trennung und Behandlungsart nicht bloß dem Unverstand der Compilatoren zuzuschreiben ist, sondern die in der ganzen römischen Rechtswissenschaft übliche war, dafür sprechen folgende Stellen, welche auch sogleich erkennen lassen, wie die Römer das Gemeinsame der Realservituten und des Usufructs wohl erkannten. Gaius sagt im 7ten Buch ad Edictum provinciale. (l. 5 pr. de servit.):

> Via, iter, actus, ductus aquae iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus.

Aehnlich Ulpian im 17ten Buch ad Edictum (l. 2 pr. si servitus vindicetur 8, 5):

> De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum eorum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria.

Also hatten beide und wahrscheinlich auch das Edict selbst, zu dem sie den Commentar schrieben, schon an einer andern Stelle von der Entstehung und von der Klage des Usufructs gesprochen, und zwar ward wahrscheinlich der Usufruct in der Lehre von den testamentarischen Verfügungen, die Realservituten aber im Sachenrecht besprochen.

Es frägt sich nun ob die heutige Jurisprudenz, wie die römische, auf halbem Wege stehen bleiben darf, und ob sie auch jetzt eine gänzlich getrennte Behandlung der sogenannten Personal- und der Realservituten fordern muß, oder ob sie dahin streben darf, einen gemeinsamen Grundbegriff für alle diese Servituten aufzustellen, und von diesem aus die ganze Lehre zu entwickeln. Daß dieses Bestreben Vortheil bringen kann, zeigen uns schon die beiden eben citirten Stellen, aus denen hervorgeht, wie die Lehre von der Entstehung und von den Klagen gemeinsam für beide Arten ist, also nur einmal behandelt zu werden braucht. Sodann ist es aber auch Aufgabe der wissenschaftlichen Bearbeitung unsers Rechts, das Verwandte, auf gemeinsamen Grundlagen Beruhende zusammenzustellen, und wo in

einer Kategorie Lücken sind, solche aus den für die andern gegebenen Bestimmungen zu ergänzen und auf diese Weise aus dem System nicht nur durch Vereinfachung sondern auch durch Vermehrung der vorhandenen Rechtssätze Vortheil zu ziehen. Auch diese Betrachtung wird für eine gemeinsame Behandlung des Ususfructs und der Servituten sprechen und endlich auch die später näher zu erwähnende Erscheinung, daß es Servitutenbildungen giebt, die möglicher Weise beiden Kategorieen, den Personal- wie den Realservituten zugewiesen werden können, und dennoch in ihrer practischen Wirksamkeit in jedem Falle ganz dieselben bleiben.

Die Schwierigkeit einer gemeinsamen Behandlung liegt darin, eine Auflösung des Grundbegriffs der Servitut zu finden, da uns in unsern Quellen eine Definition derselben nicht übermacht wird, und selbst nur wenig Sätze allgemein für alle Servituten ausgesprochen werden[e]). Ja charakteristischer Weise untersucht Ulpian in l. 8 § 2 si serv. vind. 8—15 nicht, ob eine Bildung dem Servitutenbegriff entspreche, sondern er sagt: quod non est *contra genera servitutum;* also die einzelnen Arten sind ihm noch in ihrer selbständigen und getrennten Existenz vor Augen, der gemeinsame Grundbegriff ist ihm noch nicht so zum Bewußtsein gekommen, daß nur dieser der Maßstab ist, den er an die einzelnen vorkommenden Fälle legt.

Mit dem wissenschaftlichen Problem, aus den in den Quellen gegebenen Anwendungen der Servituten selbständig die theoretischen Ausgangspunkte zu finden, hat sich unsere Rechtswissenschaft schon vielfach beschäftigt, ohne daß sie jedoch hier bis zu einem endlichen unangefochtenen Resultat gelangt ist. So lange sich die Jurisprudenz so unmittelbar an das Corpus Juris anschloß, daß sie nur einen Commentar desselben zu liefern bestrebt war, lag die selbständige Entwicklung des Servitutenbegriffs zu sehr außerhalb ihrer Aufgabe, und sie erschwerte sich denselben noch, als man seit Bartolus anfing, alles das, was durch den Ausdruck servitus irgendwo be-

---

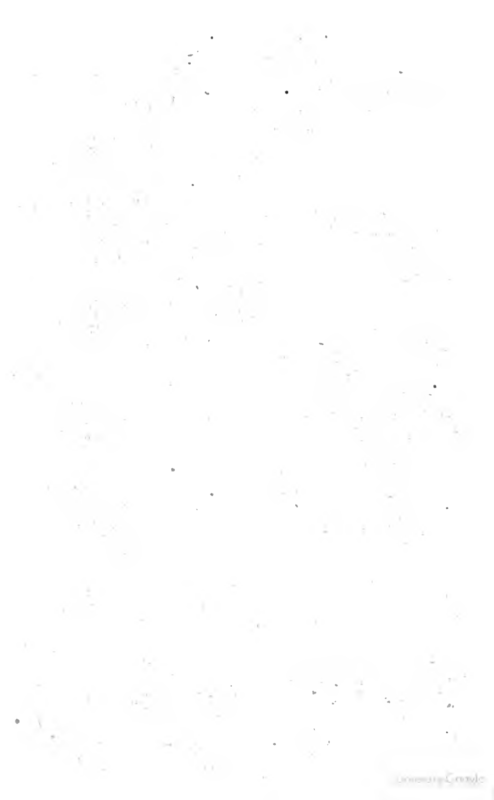
e) So in l. 15 § 1 de serv. 8, 1: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat, in l. 26 de S. P. U. 8, 2: — nulli res sua servit, in l. 1 de usu et usufr. legato, 33, 2: — servitus servitutis esse non potest.



zeichnet wird, als gleichartig zusammenzustellen, und so nicht nur die Sklaverei, sondern auch die servitus ex jure divino 1) als servitus ex vetere testamento d. i. die Dienstbarkeit der Menschen unter die Sünde, und 2) als servitus ex novo testamento d. i. die Dienstbarkeit der Menschen unter Gott in die Stammtafel (arbor servitutum) aufzunehmen, welche die Eintheilung der Servituten veranschaulichen sollte und auch in die glossirten Ausgaben unseres Corpus Juris übergegangen ist; ein Verfahren, welches Donell damit vergleicht, daß jemand einen Gesammtbegriff taurus aufstelle, und dann als Theile desselben 1) ein Thier, den Ochsen, 2) ein Sternbild, 3) ein Gebirge annehmen wolle, welches alles durch dasselbe Wort bezeichnet werden könne.

Seitdem sich die Wissenschaft und auf diesem Gebiete namentlich durch Donells meisterhaften Commentar von den Fesseln der römischen Jurisprudenz frei gemacht hat, und sich nicht mehr darauf beschränkt, die von der letztern überlieferten Sätze unter Beibehaltung der von ihr gewählten Form und Folge wiederzugeben und zu interpretiren, sondern sie zu einem selbständigen und nur nach logischen Momenten gegliederten System zu vereinen sucht, seitdem konnte die Wissenschaft die Aufforderung, den Gesammtbegriff, welcher den verschiedenen Servitutenbildungen zu Grunde liegt, aufzufinden und zu formuliren, nicht mehr von der Hand weisen. Wie schon gesagt, hat sie aber zu einem unangefochtenen Resultat nicht gelangen können.

Daß man aber darum nicht an der Möglichkeit, gemeinsame und diesen Arten der dinglichen Rechte ausschließlich zustehende Elemente aufzufinden, verzweifeln darf, oder daß man nicht anzunehmen braucht, daß nur historische Gründe die Ausscheidung der Servituten von den übrigen dinglichen Rechten veranlaßt haben, sondern daß wirklich eine innere systematische Einheit unter ihnen vorhanden ist, das werden hoffentlich die nachfolgenden Ausführungen genügend zu beweisen im Stande sein.



Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil der Servitutenlehre.



Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil der Servitutenlehre.

Erstes Kapitel.

Die Servituten und das Eigenthum.

§. 4.

Der Begriff der Servituten.

Bei Feststellung des Begriffs der Servituten pflegt man sehr häufig hauptsächlich nur ihr Verhältniß gegenüber dem Eigenthum an der belasteten Sache ins Auge zu fassen, und sogar mitunter als das einzige charakteristische Merkmal die Beschränkung des Eigenthümers in die Definition der Servituten aufzunehmen[a]), ohne dabei zu berücksichtigen, daß es zum Wesen der Servitut überall gar nicht erforderlich ist, daß die dienende Sache im Eigenthume jemandes steht, daß also der Servitutenbegriff auch ganz unabhängig vom Eigenthum construirt werden muß. Denn einer Seits wird es unbestreitbar sein, wenn dies in unsern Quellen auch nicht erwähnt wird, daß die einmal gültig errichtete Servitut durch Dereliction der

a) So um Einen von Vielen hervorzuheben, Thibaut, Pandectenrecht § 603: „Dienstbarkeiten sind die dinglichen Rechte, welche dem Eigenthümer die Pflicht auflegen, zum Vortheil eines andern etwas zu unterlassen, oder demselben eine Benutzung seiner Sache zu gestatten".

belasteten Sache Seitens des Eigenthümers nicht alterirt werden kann, und also an der res nullius ganz unverändert fortbesteht[b]), anderer Seits kann aber auch unsers Erachtens unter Umständen eine Servitut an einer res nullius durch Occupation entstehen. Ich werde diese Frage unten in der Lehre von der Entstehung der Servituten näher behandeln müssen[c]), will aber hier, um meine Behauptung anschaulicher zu machen, nur an den Fall erinnern, wo der Eigenthümer eines unmittelbar an der Meeresküste belegenen Hauses nach dem Meere zu einen Balkon angelegt hat; hierdurch tritt der unter demselben gelegene Meeresboden noch nicht in das Privateigenthum, sondern kann noch von jedem betreten u. s. w. werden, allein gleichwohl muß dieser einmal angelegte Balkon von jedem und sicher auch von dem geduldet werden, welcher später durch Bauten das betreffende Stück Meeresboden zum Eigenthum erwirbt. Eine Occupation ist nur noch möglich an dem, was nach Abzug der bereits bestehenden Servitut verblieben ist.

Den Inhalt der Servituten müssen wir demnach, wollen wir anders alle Servitutenverhältnisse umfassen, so zu bestimmen suchen, daß wir uns auf ihr Verhältniß zum Eigenthum nicht zu beziehen brauchen. Sie gewähren uns aber immer die Befugniß, aus der Sache selbst einen Vortheil zu ziehen, und zwar entweder dadurch, daß wir bestimmte positive Handlungen auf derselben oder mit derselben kraft eigenen Rechtes vornehmen (positive oder affirmative Servituten), oder dadurch, daß bestimmte positive Handlungen auf oder mit der dienenden Sache von keinem andern vorgenommen werden dürfen (negative Servituten). Diesen letztern Fall pflegt man häufig so auszudrücken: der Berechtigte habe die Befugniß, die fragliche Handlung zu verhindern oder zu verbieten; allein das ist

---

b) Analog ist die Vorschrift, daß der Ususfruct an einen Sklaven durch die einseitig vom Eigenthümer vorgenommene Manumission nicht berührt wird. Fragm. de manumissionibus § 11; Ulp. Fragm. I, 19; l. 9 § 20 de hered. instit. 28, 5; l. 1 pr. C. comm. de manumiss. 7, 15.

c) Merkwürdiger Weise ist dieselbe in der Literatur sehr wenig berücksichtigt. Ich habe sie nur erwähnt gefunden in *J. W. Summermanni* Commentatio juris naturalis de natura servitutum ad l. 15 § 1 D. de serv. Berolini 1735, eine Abhandlung die reich ist an wunderbaren Einfällen, aber doch lesenswerth bleibt.

ungenau, — er hat ein Recht von größerem Umfange und kann fordern, daß auch dann die bestimmte Handlung nicht vorgenommen wird, wenn er noch gar kein Verbot ausgesprochen oder noch nicht sonstige Schritte zur Verhinderung gethan hat. Umfaßte jener von uns als ungenau bezeichnete Ausdruck wirklich das ganze Verhältniß, so könnte, wenn gegen eine negative Servitut gehandelt wäre, nur dann Ersatz für den dadurch entstandenen Schaden erlangt werden, wenn der Berechtigte zeitig Schritte zur Verhinderung der unzulässigen Handlung gethan hätte, also gegen sein jus impediendi gehandelt wäre. Er kann solchen Schadenersatz aber, wie an einem andern Orte auszuführen ist, überall fordern, wo die fragliche Handlung jemals ohne seine ausdrückliche Erlaubniß vorgenommen ist[d]).

Diese beiden möglichen Richtungen, welche die Servituten haben können, die negative und die positive, hat man zusammen zu fassen gesucht, indem man sie als **Gebrauchrechte** an einer fremden Sache definirt hat[e]). Bei Beurtheilung der Richtigkeit dieses Ausdrucks wird es auf den Umfang ankommen, in welchem in unserer Sprache das Wort **gebrauchen** angewendet werden kann, und dabei dürfte das individuelle Sprachgefühl der hauptsächlichste Anhaltspunkt sein; uns will es jedoch bedünken, daß zum Gebrauchen immer eine positive Thätigkeit nöthig ist, und ich da nicht gebrauche, wo nur ein anderer etwas nicht thut. Auch hat wohl die Auffassung der negativen Servitut als eines bloßen jus prohibendi zur Entstehung dieser Bezeichnung mitgewirkt, da dann allerdings der Servitutinnehaber nur zur Vornahme einer bestimmten Handlung, nämlich des Verbietens, berechtigt wäre, und daher von einem Gebrauchen schon eher die Rede sein könnte. Ich möchte nach dem Vorbild von **Wening-Ingenheim**, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. II.

---

d) **Ulpian** in l. 5 de S. P. 4. 8, 2. Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem, et furiosum invitos recte dici ait; non enim ad factum, sed ad jus servitutis haec verba referuntur.

e) So z. B. E. **Hoffmann**, die Lehre von den Servituten. Darmstadt 1838, S. 5; von **Vangerow**, Leitfaden Bd. I. 6te Aufl. S. 780; von **Scheurl** Lehrbuch der Institutionen S. 180.

§ 66, von Puchta, Pandekten § 178 und anderer den Inhalt der Servituten in dem Rechte zum Benutzen suchen, von welchem Worte man freilich auch gesagt hat, die Anwendung desselben auf die negativen Servituten sei „gegen den Genius der Sprache“ [f]. Allein benutzen heißt Nutzen ziehen, und das kann man auch durch den passiven Zustand, in dem ein anderer eine schädliche Handlung nicht vornehmen darf.

Dieses Benutzungsrecht steht dem Berechtigten vermöge seiner Servitut ebenso wie dem Eigenthümer unmittelbar an der dienenden Sache zu; er hat, wie dieser, ein Recht auf die Sache, aber gleichwohl wird ihm in manchen Stellen unsers Corpus Juris eine Herrschaft über den Körper der dienenden Sache auch für den kleinsten Theil ganz abgesprochen, demnach seinem Rechte ein ganz anderes Object gegeben, wie dem Eigenthume, und namentlich damit die Auffassung verworfen, als enthielten die Servituten ein beschränktes Eigenthum. Paulus sagt in l. 25 pr. de V. S. 50, 16:

> Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, *cujus non potest ulla pars dici alterius esse;* hoc et Julianus, et est verius.

Demgemäß erklärt Ulpian in l. 6 de rebus eor. qui sub tutela 27, 9, zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten bestände keine Communion. Ferner sagt Ulpian in l. 4 pr. si serv. vindicetur 8, 5:

> Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet.

Eben derselbe stellt in l. 8 de aq. et aq. pluv. 39, 3 Eigenthümer und Servitutberechtigte mit folgenden Worten einander gegenüber: sive in *corpore*, sive in *jure loci* . . . . . habeat quis jus. Sodann ist es ein vielfach sich wiederholender Rechtssatz, daß, während das Eigenthum, trotzdem daß es doch nur ein Recht an einer Sache ist, zu den körperlichen Sachen gerechnet wird, die andere Art der Rechte an Sachen, die Servituten, im scharfen Gegensatze zum

f) A. v. Buchholtz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen Röm. R. Berlin 1831. S. 157.

Eigenthum den unkörperlichen Sachen, den res, quae in jure consistunt, zugezählt werden[g]).

Practische Anwendung von dieser Auffassungsweise, wonach Eigenthum und Servituten ganz verschiedene Gegenstände befassen, macht Ulpian in l. 13 § 2 de acceptil. 46, 4. Hier ist von dem Fall die Rede, wo eine ganze Sache in Folge einer Stipulation geschuldet wurde, und die Acceptilation nur auf einen Ususfruct oder eine Wegeservitut an dieser Sache gerichtet war. Während nun die Acceptilation, die auf einen Theil der geschuldeten Sache geht, völlig gültig ist, und die Schuld bis zu diesem Theile löscht, soll hier ebensowenig für einen Theil der geschuldeten Sache eine Acceptilation ausgesprochen sein, als wenn dieselbe für eine auf ein Haus gerichtete Stipulation auf Kalk, oder auf Fenster, oder auf eine Mauer, oder auf Arbeitslohn geht, weßhalb sie denn auch für ungültig erklärt wird. Auf gleiche Weise sagt Paulus in der l. 17. de except. 44, 1: Wenn jemand erst eine Wegegerechtigkeit an einem Grundstück, dann aber das Eigenthum desselben Grundstücks einklagt, so kann ihm die Einrede aus dem Judicat mit Erfolg nicht entgegengestellt werden, weil es sich um Rechte an ganz verschiedenen Sachen handelt (quia et diversa corpora sunt) und ganz Verschiedenes restituirt werden muß.

Während also in diesen Stellen die Servituten und zwar inclusive des Ususfructs dem Eigenthume als dem Begriffe nach ganz verschiedene Institute entgegengestellt werden, und namentlich Gewicht darauf gelegt ist, daß beide Rechtsverhältnisse an ganz verschiedenen Objecten bestehen, und daher die Servitutenbefugniß nicht als ein partielles Eigenthum betrachtet werden soll, hat man wenigstens für eine Art der Servituten, für den Nießbrauch, aus andern Stellen die Auffassung ableiten wollen, als sei derselbe in den Augen der Römer zugleich ein theilweises Eigenthum gewesen, der sich von dem wirklichen Eigenthum nur durch den geringern Umfang unter=

---

g) Ulp. fr. t. 19 § 11; Gai. Inst. II, § 14, § 17, § 28; Vat. fr. de usufructu § 92; § 2 und 3 J. de reb. corporal. II, 2; l. 1 § 1 de divis. rerum 1, 8; l. 14 pr. de servit. 8, 1; l. 13 § 1 de damno infecto 39, 2; l. 2 § 3 de precario 43, 26.

scheide[h]). Namentlich sollen die folgenden Entscheidungen nach dieser Seite hin beweisend sein.

In l. 76 § 2 de leg. II, 31 sagt Papinian: Ist von dem Eigenthümer einer Sache der Usufructuar derselben zu seinem Erben eingesetzt und ihm unter einer Bedingung auferlegt, diese belastete Sache einem Legatar zu geben, so darf er nach dem vermuthlichen Willen des Testators (voluntatis ratio non patitur, ut retineat), nicht den Ertrag der Sache in Folge seines Usufructs zurückhalten wollen; etwas anders ist es bei den andern Servituten, welche dem Erben zustanden, quoniam, fährt Papinian fort, fructus portionis instar obtinet. Diese letzten Worte sind meines Erachtens so zu umschreiben: Denn nur der Fall, wo ein Usufruct besteht, hat Aehnlichkeit mit dem Falle, wo der onerirte Erbe Eigenthum an einem Theile der legirten Sache hat, welches er dann bekanntlich auch dem Legatar übertragen muß. Die ganze Entscheidung nimmt aber auf jeden Fall nur Rücksicht auf den vermuthlichen Willen des Testators, nicht etwa auf die Stellung des Usufructs im Rechtssystem, und es wird nicht zu leugnen sein, daß im Falle die legirte Sache mit einem Usufruct zu Gunsten des Erben belastet ist, die Vermuthung vielmehr dafür streitet, daß der Testator denselben aufgehoben haben wollte, als das hinsichtlich der Prädialservituten der Fall ist, die etwa dem Erben zustehen. Denn diese sind mit den betreffenden Grundstücken enger verwachsen, zu der sachgemäßen Benutzung des herrschenden Grundstücks häufig durchaus nöthig, und überall nicht in der Art ein Ausfluß der reinen Willkühr, wie der Usufruct. Diese ganze Auffassung der l. 76 §. 2 wird nun noch unterstützt durch die l. 66 § 6 de leg. II, wo derselbe Papinian den Fall, wo der Usufruct an der legirten Sache einem Dritten zusteht, dahin entscheidet, daß hier der Onerirte den Usufruct ablösen und die Sache dem Legatar unbeschwert überliefern müsse, während eine Ablösung anderer an der Sache haftender Servituten nicht von ihm gefordert werden könne. Dabei sagt er vom Usufruct ausdrücklich „etsi in iure, non in parte consistit".

In l. 70 § 2 de fidejuss. 46, 1 behandelt Gaius folgenden

h) Am entschiedensten ist diese Ansicht neuerlich wieder vertreten von J. J. Bachofen, das römische Pfandrecht. Bd. I. S. 96—138.

Fall: Ein Hauptschuldner schuldet ein Grundstück; der Gläubiger nimmt dafür eine auf den Usufruct desselben Grundstücks gerichtete Bürgschaft an, und nun entsteht die Frage, ob der Bürge zur Leistung des Usufructs angehalten werden könne, oder ob er ganz frei sei, da er nicht etwa nur ein kleineres, sondern ein ganz anderes Object zu leisten versprochen hat, als worauf die Hauptschuld gerichtet war. Nobis in eo videtur dubitatio esse, fährt Gaius fort, ususfructus pars rei sit, an proprium quiddam; sed quum ususfructus fundi jus est, incivile est, fidejussorem ex sua promissione non teneri. Diese Entscheidung läßt jedoch den erhobenen Zweifelsgrund, ob nicht der Usufruct etwas ganz anders und durchaus nicht ein Theil der Sache sei, unerledigt und stützt sich nur darauf, daß es unbillig (incivile) sei, hier die strenge Ansicht durchgreifen zu lassen, und den Bürgen von seinem Versprechen gänzlich zu befreien, das doch immer wenigstens in Beziehung zu derselben Sache stand.

Wenn nun schon hieraus nicht abgeleitet werden kann, daß der Nießbrauch ein partielles Eigenthumsrecht ist, so kann das noch weniger aus den folgenden Stellen entnommen werden. In l. 58 de V. O. 45, 1 sagt Julian: Wer sich erst den Usufruct eines Grundstücks versprechen läßt und dann später das Grundstück selbst, ist dem ähnlich, welcher sich erst einen Theil und dann das Ganze versprechen läßt, weil die Erfüllung eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten Versprechens da, wo der Tradent sich den Usufruct zurückbehält, ebensowenig vollständig geschehen ist, als wenn ein Theil des Eigenthums zurückbehalten wäre. Darum enthält das zweite Versprechen immer auch das erste [1]. Und auf der andern Seite ist der, welcher sich erst einen Acker versprechen läßt und dann den Usufruct an demselben, aus eben diesem Grunde dem ähnlich, welcher sich zuerst das Ganze und dann einen Theil versprechen läßt. Diese ganze Entscheidung Julians beruht also nur auf dem von uns nicht geleugneten Grunde, daß das Eigenthum in seiner Totalität auch die Befugniß, den Nießbrauch aus der Sache zu ziehen, enthält, so lange diese Befugniß nicht Gegenstand einer eigenen Servitut geworden ist.

---

1) Dies wohl der Sinn der Worte: quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur.

Derselbe Grund leitet **Pomponius**, wenn er in l. 21 § 3 de exc. rei iud. 44, 2 entscheidet, daß das Urtheil über die vindicatio rei eine Exception begründe gegen eine vindicatio usus fructus, wenn dieser an derselben Sache, wegen deren Eigenthum früher geklagt ist, bestehen soll, und aus demselben Grunde abgeleitet wird, über den damals entschieden ist[k]), und ebenso sagt **Paulus** in l. 27 § 8 de pactis 2, 14, wer ein pactum de non petendo wegen eines Grundstücks abgeschlossen hat, soll später nicht noch wegen des Usus fructs klagen können.

Während diese Stellen uns nun also den zuerst genannten entschiedenen Aussprüchen gegenüber nicht erweisen können, daß die Römer den Usus fruct im Gegensatz zu den übrigen Servituten als ein Recht auffassen, welches, wie das Eigenthum, die körperliche Sache zu seinem Objecte hat, können wir im Gegentheil aus einzelnen dieser Entscheidungen noch weitere Momente für die eigenthümliche römische Auffassung der Servituten entnehmen, so aus der l. 66 § 6 de leg. II, und aus der l. 70 § 2 de fidejuss. 46, 1. Mannigfache Verschiedenheiten, aus denen man einen ganz andern Character des Usus fructs hat ableiten wollen, sind unten zu besprechen, wo wir sehen werden, wie sie mit den Eigenthümlichkeiten des Usus fructs, namentlich mit der dem Usufructuar zustehenden Detention der ganzen dienenden Sache zusammenhängen.

Daß sich nun aber die gänzliche Begriffsverschiedenheit von Eigenthum und Servitut nicht, wie man solches häufig darstellt, nur durch den größern oder geringern Umfang der Berechtigung an der Sache erklären läßt, möchte schon aus dem Seitherigen hervorgehen, und man darf den römischen Juristen gewiß nicht die Meinung unterschieben, daß sie nur deßhalb das Eigenthum als körperliche Sache darstellten, weil seine Grenzen äußerlich sichtbar sind, die Servituten dagegen als unkörperliche Sachen, weil zwar „ihr Gegenstand wie bei Eigenthum eine körperliche Sache ist", aber „die Art und Weise, wie die Sache Gegenstand des Rechts ist, etwas unsicht-

k) Wir sahen oben schon, daß **Paulus** in l. 17 de exc. 44, 1 den umgekehrten Fall, wenn erst der Usus fruct und dann das Eigenthum vindicirt wird, dahin entscheidet, daß der zweiten Klage die Einrede aus dem Judicat nicht entgegengehalten werden kann.

bares ist" l). Das würde doch nie jene Aussprüche in l. 25 pr. de V. S. und in l. 4 si serv. vind. rechtfertigen. Ich möchte vielmehr diese Erscheinung auf folgende Weise erklären:

Die römische Denkart sträubte sich gegen eine jede Beschränkung eines einmal erworbenen Rechts, sie wollte für öffentliche wie für Privat-Rechte in dem subjectiven Willen des Berechtigten und in dem durch die Natur der Sache festgesetzten Umfang die einzige Grenze finden, und mußte daher auch der Bildung und Vermehrung der Servituten als Beschränkungen des wichtigsten Rechts, des Eigenthums, den möglichsten Widerstand entgegensetzen. Als aber das dringende Bedürfniß, unterstützt durch die Schwächung des alten römischen Volksgeistes, immer mehr und mehr Servituten entstehen ließ, zeigte sich die alte Auffassungsweise wieder darin, daß man denselben nun einen Charakter abzugewinnen suchte, der die nationale Denkart am wenigsten verletzte, und so faßte man sie nicht auf, als ob sie dieselbe Sache, wie das Eigenthum zum Gegenstand hätten und deßhalb mit diesem collidirten, dieses begrenzten, sondern als ob sie an einer ganz andern, allerdings nur fingirten Sache beständen, an einer res, quae in jure consistit, und über diese dann die selbständige Herrschaft des dominium gewährten m).

Den mannigfachen Handlungen nämlich, welche an einer Sache vermöge ihrer Natur vorgenommen werden können, und zu denen daher die Herrschaft über die Sache die Befugniß ertheilt, steht jedesmal eine Eigenschaft der Sache gegenüber, welche diese Handlung

---

l) Puchta, Rheinisches Museum Bd. I. S. 308. Arndts, zur Lehre von der Emphyteuse in der Gießer Zeitschrift N. Flg. Bd. III. 1847. S. 257.

m) Dominium servitutis und namentlich dominium ususfructus findet sich häufiger, z. B. in l. 3 si ususfr. petatur 7, 6; l. 8 pr. de rebus auctor. jud. poss. 42, 5; l. 15 § 8 quod vi aut clam 43, 24: Stellen, die mit Veranlassung geworden sind, daß Du Roi (in seinem Aufsatz über actio in rem und in personam, jus in re und obligatio, im Archiv für civ. Praxis Bd. 6. 1823.) die Servituten als ein Dominium an Rechten, also als Recht an Rechten auffaßt. Diese Ansicht, die sich von meiner wesentlich scheidet, wird einer neuen Widerlegung nicht bedürfen, nachdem solche von Puchta (im Rheinischen Museum Bd. I. 1827.) und von andern so genügend durchgeführt ist. In l. 1 § 3 de remiss. 43, 25 wird dominium den Servituten entgegengesetzt, steht also im Sinne des vollen Eigenthums.

erst ermöglicht, so der Befugniß Früchte aus der Sache zu ziehen, die Eigenschaft derselben, Früchte zu tragen — der Befugniß das Höherbauen eines Hauses zu verbieten, die Eigenschaft desselben, vermöge deren solcher Höherbau nicht in Folge natürlicher oder rechtlicher Nothwendigkeit eintritt, sondern die Folge willkührlicher menschlicher Handlungen auf dem Grundstück ist.

Diese einzelne positive oder negative Eigenschaft der Sache erscheint nun als in Folge der Servitutbestellung aus der Sache selbst herausgenommen, sie ist ein innerlicher Bestandtheil der Sache, der von ihr getrennt und dann veräußert ist, und nur in so fern in Verbindung mit derjenigen Sache steht, welche Gegenstand des Eigenthums ist, als beide körperlich mit einander vereinigt sind, und die eine Trägerin der andern ist. So kann denn Paulus von der Sache, die im Eigenthum steht, sagen: cuius non potest, ulla pars dici alterius esse (scilicet usufructuarii); oder Ulpian dem Servitutberechtigten die körperliche Sache (loci corpus) ganz absprechen. Allein immer bleibt die Servitut ein jus in re aliena[n]), denn das Object derselben, die fingirte Sache, ist ja in der körperlichen Sache des Eigenthümers enthalten, und darum hat der Servitutberechtigte das Recht, aus dieser seine Sache zum Zwecke der Benutzung auszuscheiden. Die dienende Sache wird daher durch die Servitut intensiv kleiner, und das deutet denn auch wieder der römische Sprachgebrauch an, wenn er einen nicht mit Servituten belasteten fundus durch *uti optimus maximusque est*[o]) oder als *res libera*[p]) bezeichnet, so daß also nicht das Eigenthum allein als unbeschränkt bezeichnet wird, sondern die Sache selbst. Ebenso wird die auferlegte Servitut als conditio fundi bezeichnet[q]).

Da aber die so losgetrennte Eigenschaft nur eine fingirte Sache ist, so kann sie nicht, wie unten weiter zu besprechen ist, Gegenstand einer wirklichen rei vindicatio sein, die stets eine körperliche Sache voraussetzt, sondern sie wird durch eine dieser nachgebildeten Klage

---

n) L. 2 de usufr. Est enim ususfructus jus in corpore.

o) L. 48, l. 75 de evict. 21, 2; l. 59 de contr. emt. 18, 1; l. 90, l. 169 de V. S. 50, 16.

p) L. 59 de contr. emt. 18, 1; l. 20 § 1 de acq. dom. 41, 1.

q) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

geschützt, durch eine vindicatio rei incorporalis, oder, wie sie genannt wird, vindicatio juris[r]), womit dann die bei Servituten anwendbare in jure cessio in unmittelbarem Zusammenhange steht. Ferner wird bei ihr Möglichkeit des Besitzes und der Tradition angenommen, aber auch nur in Folge analoger Ausdehnung dieser Institute durch juristische Fiction, und deßhalb wird hier von quasi possessio[s]) und quasi traditio gesprochen.

Auf diesem Wege erreicht nun das römische Recht, daß trotz der Servitutbestellung das Eigenthumsrecht unbeschränkt und unbegränzt bleibt, und durch dieselbe nur die Sache, welche Gegenstand des Eigenthums ist, mittelst Ausscheidung einer in ihr enthaltenen Eigenschaft verkleinert wird, gleichsam als ob ein körperlicher Theil derselben veräußert würde. Von einem solchen Acte unterscheidet sich unser Fall aber wieder dadurch, daß hier die Ausscheidung der neuen Sache nur durch rechtliche Fiction vor sich geht, und daher, so wie diese aufhört, d. h. die Servitut erlöscht, sich beide Sachen auch rechtlich wieder verbinden; steht darum die eine im Eigenthum, so accrescirt gleichsam demselben die in der Servitut seither enthaltene Befugniß, die Sache consolidirt.

Ausdrücklich will ich mich jedoch dagegen verwahren, daß ich nicht glaube, daß diese Trennung in zwei Sachen auch anders, als durch reine juristische Fiction vor sich gehen könnte, daß auch eine wirkliche körperliche Trennung der im Eigenthum stehenden und der von der Servitut ergriffenen Sache möglich sei, wie Büchel[t]) solche angenommen hat. Denn nach ihm soll der Unterschied zwischen ländlichen= und Gebäudeservituten darin bestehen, daß bei diesen eine Schmälerung des physischen oder körperlichen Umfangs der dienenden Sache stattfinde, d. h. also ein körperlicher Bestandtheil ausschließlicher Gegenstand der Servitut werde und aus dem Eigenthum ausscheide. Büchel beruft sich dafür, ohne die Ansicht näher

r) Fr. Vat. § 92; l. 5 § 1 und 2 si ususfr. pet. 7, 6; l. 2 pr. und § 1 si serv. vind. 8, 5.

s) Gaius IV. § 139; pr. J. de interd. IV, 15; l. 23 § 2 ex quibus causis 4, 6; l. 10 pr. si serv. 8, 5; l. 2 § 3 de precario 43, 26; l. 3 § 17 de vi 43, 16.

t) In dem ersten Nachtrag (1839) zu seiner Abhandlung über jura in re und deren Verpfändung, Erörterungen 2te Aufl. S. 423.

zu begründen, auf das Beispiel der affirmativen Gebäude-Servituten, bei denen das am leichtesten einzusehen sei; allein das Beispiel derselben, wie das der servitus ligni immittendi, möge dann auch zeigen, wie keineswegs der von dem Balken eingenommene Raum aus dem Eigenthume des frühern Eigenthümers ganz ausgeschieden ist, indem der Servitutberechtigte nach Herausnahme des Balkens durchaus keinen Anspruch auf die dadurch entstandene Niesche hat, und dieselbe nicht in anderer Weise benutzen kann, selbst nicht, wenn dadurch das dienende Grundstück durchaus nicht mehr belastet wird. Vielmehr kann der Eigenthümer der dienenden Sache aus diesem Raum allen Vortheil ziehen, der nicht gegen die in der Servitut enthaltene Befugniß aufstößt, und namentlich also, so lange der Berechtigte keinen Balken immittirt, diese Lücke nach Belieben benutzen. Directe Beweisstellen lassen sich freilich dafür so wenig, wie für das Gegentheil anführen, allein mit Nothwendigkeit folgt das z. B. aus den genauen Bestimmungen, die über den Gebrauch derartiger Servituten gegeben werden, und die, wenn der ganze Raum in's fremde Eigenthum übergegangen wäre, höchst unmotivirt wären. Ein Beispiel aus den negativen Gebäude-Servituten wird noch mehr die Unhaltbarkeit der Ansicht nachweisen. Würde nämlich durch die servitus altius non tollendi wirklich der ganze Luftraum, in dem nicht gebaut werden dürfte, dem herrschenden Grundstücke einverleibt, so könnte der Eigenthümer des letztern verlangen, daß von dem dienenden Grundstücke aus in diesem Luftraum keinerlei Handlung vorgenommen, nicht in denselben geworfen oder geschossen, nicht durch eine Fontaine Wasser in denselben gespritzt würde u. s. w.[u]), was doch niemand ernstlich behaupten wird.

Ehe ich nun meine oben aufgestellte Ansicht über das Wesen der Servituten nach allen Seiten hin begründen und den gebräuchlichen Annahmen gegenüber stellen kann, wird es nöthig sein, daß ich zunächst auf das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten näher eingehe, da, wenn auch daraus kein charakteristisches Merkmal für alle Servituten entnommen werden kann, sich doch gerade hier die Consequenzen der verschiedenen Anschauungs-

---

u) Arg. leg. 8 § 5 si serv. vind. 8, 5.

weisen zeigen, wie denn überhaupt dieses Verhältniß practisch das wichtigste der ganzen Servitutenlehre ist.

§. 5.
Wirkung der Errichtung einer Servitut gegenüber dem Eigenthümer der dienenden Sache.

Das Eigenthum, als die ausschließliche, vom Recht anerkannte und geschützte Herrschaft einer Person über eine Sache, gewährt dem Innehaber dieses Rechts die Totalität aller Befugnisse, welche an der Sache ihrem Wesen gemäß möglich sind, und namentlich auch aller derer, welche den Inhalt der Servituten bilden würden, die möglicher Weise an der Sache bestellt werden könnten. Eine generelle Abgrenzung und Aufzählung aller dieser aus dem Eigenthume erwachsenden Befugnisse ist unmöglich, indem sie ebenso mannigfach sind, als die Handlungen, die ein Mensch nur immer begehen kann, und selbst diejenigen Beziehungen, in welchen der Gebrauch einer Sache Nutzen zu gewähren vermag, können sich fortwährend vermehren oder vermindern. Daraus ergiebt sich dann schon, daß es nicht möglich ist, rückwärts aus einzelnen Befugnissen ein Eigenthum zu reconstruiren, oder durch Ausscheidung verschiedener einzelner Befugnisse das Eigenthum ganz aufzuheben; es wird immer eine Differenz bleiben zwischen den entzogenen einzelnen Eigenthumsbefugnissen und den der Zahl nach unendlichen, mit dem Eigenthum verbundenen Berechtigungen, und daher, wenigstens dem Rechtsbegriffe nach, das Eigenthum auf diese Weise nie aufgehoben werden können. Da nun ferner sich nicht bestimmen läßt, in welchem Theilungsverhältniß die einzelne Befugniß zu den übrigen unzähligen steht, welche aus dem Eigenthum fließen, und weder ein praktisches noch juristisches Interesse eine Ausscheidung einer solchen einzelnen Befugniß aus dem Begriff des Eigenthums fordert, so wurde dieselbe gar nicht als ein eigener Theil des Eigenthums angesehen, ja es war sogar die Auffassung gewöhnlich, als sei vor der Servitutbestellung die einzelne Befugniß nicht im Eigenthum enthalten, als gehe sie in der Allgemeinheit desselben unter. So sagt Paulus in l. 63 de usufr. 7, 1: Was unser nicht ist, übertragen wir doch auf andere, wie ja der, welcher ein Grundstück

hat, den Usufruct desselben, obgleich er ihn selbst nicht hat, auf andere übertragen kann. Ferner Ulpian in l. 5 pr. si ususfr. petatur 7, 6: Nur der welcher den Usufruct hat, kann die Intention brauchen: *jus uti frui sibi esse*, nicht aber der Eigenthümer der Sache, weil derjenige, welcher Eigenthum hat, nicht ein besonderes Recht (jus separatum) auf den Nießbrauch hat.

Gleichwohl aber wird dem Eigenthümer, einmal von demselben Paulus, von welchem die citirte l. 63 stammt, geradezu auch der Usufruct zugesprochen. Denn die l. 4 de usufr. 7, 1 sagt: Der Usufruct ist in vielen Fällen ein Theil des Eigenthums[a]). In §. 1 J. de usufr. 2, 4 heist es: Ususfructus a proprietate separationem recipit. In andern Stellen: Ususfructus ad proprietatem revertitur[b]), accedit[c]), cum proprietate est[d]) und ähnliches. Diese Auszeichnung verdankt die Befugniß zum Nießbrauch im Gegensatz zu den übrigen Eigenthumsbefugnissen wohl dem Umstande, daß da, wo sie Gegenstand einer Servitut wird, ihre Grenzen nicht, wie das bei den andern Befugnissen mehr oder weniger der Fall ist, jedesmal von der Individualität des Berechtigten abhängen, sondern daß sie durch das Productionsvermögen der Sache bestimmt zu werden pflegt und daher sich schon vor der Servitutbestellung von den übrigen Eigenthumsbefugnissen abheben und trennen läßt. Dazu kommt noch, daß die durch den Usufruct verliehene Befugniß, vermöge des universellen und ausschließlichen Charakters derselben, dem Eigenthümer für dessen Dauer gänzlich entzogen zu sein pflegt[e]) und bei der Recession also auch gänzlich zurück erworben wird, so daß die Constituirung des Usufructs und die spätere Recession desselben an den Eigenthümer leicht so aufgefaßt werden

---

a) Hierauf stützte sich vor Allem die schon seit den Glossatoren übliche Eintheilung des Usufructs in einen ususfructus *materialis* und *formalis*.

b) L. 3 § 2, l. 54 de usufr. 7, 1.

c) L. 3 § 1 de usufr. accresc. 7, 2.

d) L. 4 si ususfr. petatur 7, 6. Dieser Gesichtspunkt ist auch durchgeführt in l. 78 de jure dotium 23, 3 und l. 21 § 3 de ex. rei judic 44, 2.

e) Wir werden jedoch im Nachfolgenden sehen, wie das nur äußerlich meistentheils so erscheint; wie aber doch dem Eigenthümer eine eventuelle Befugniß zum Fruchtgenuß bleibt.

konnten, als seien sie völlig gleichartige, nur auf Uebertragung des Benutzungsrechts gerichtete Geschäfte.

Diese Anschauung der im Usufruct enthaltenen Befugniß ist aber auf jeden Fall nicht die allgemeine, vielmehr wird sie in praktischen Fragen, wie die übrigen Eigenthumsbefugnisse, bis zur Servitutbestellung als ein ungeschiedener Eigenthumsbestandtheil der Regel nach angesehen. Demnach entsteht auch für sie die Frage, wie geht in dem Act der Servitutbestellung die Ausscheidung der Servitut vor sich, und wie hat man sich den Uebergang der Befugniß auf den Servitutberechtigten zu denken, und zu dieser Frage werden wir nunmehr übergehen.

Nimmt man mit uns an, daß die Servitut die Herrschaft über eine als selbständige Sache fingirte Eigenschaft der dienenden Sache ist, so wird man die Servitutbestellung als eine Ausscheidung dieser Eigenschaft aus der körperlichen Sache und Uebertragung derselben auf den Servitutberechtigten ansehen müssen. Der Eigenthümer schafft dabei aus der Substanz der ihm eigenthümlichen Sache eine ganz neue Sache, die, wie Paulus in der oben besprochenen l. 63 de usufr. sagt, ihm selbst seither noch gar nicht gehörte, und die Herrschaft über diese seine Schöpfung verleiht er dem Erwerber der Servitut. Dadurch wird seine Sache, wie wir schon andeuteten, intensiv kleiner, aber diese Verminderung besteht nicht darin, daß ihr die Eigenschaft, welche der Servitut zu Grunde liegt, ganz und gar genommen wird, oder daß, mit andern Worten, die Befugniß, welche der Servitutberechtigte ausübt, ganz und gar dem Eigenthümer entzogen ist, sondern er verliert sie nur so weit, als sie der Servitutberechtigte erwirbt, und demgemäß gestaltet sich das Verhältniß bei den verschiedenen Servituten ganz verschieden, wie die nachfolgenden drei Beispiele lehren mögen.

Ist ein Usufruct an einer Sache bestellt, so ist damit die Eigenschaft der Sache, Fruchtgenuß zu gewähren, dem Usufructuar zur Benutzung überwiesen, und noch dazu, wie wir später sehen werden, mit der ausdrücklichen Gestattung, den Fruchtgenuß auch durch andere Personen ziehen zu dürfen. Nun aber können die sämmtlichen Früchte einer Sache nur von einem zur Zeit gezogen werden, und wenn daher der Usufructuar oder die von ihm Beauftragten das thuen, so ist der Eigenthümer von dem Fruchtgenuß

ausgeschlossen und die Veräußerung der Eigenschaft, wonach die Sache diesem berechtigten Usufructuar Fruchtgenuß gewährt, kommt dem Effecte nach der Veräußerung der ganzen Eigenschaft, vermöge deren sie überhaupt Fruchtgenuß bietet, meistentheils gleich. Nur wenn der Usufructuar sein Recht nicht braucht, zeigt es sich, daß die körperliche Sache noch die Eigenschaft besitzt, Fruchtgenuß zu gewähren, und der Eigenthümer kann sie gegen jeden vertheidigen, der sich diese Eigenschaft unbefugt anmaßt. Der Beweis dafür liegt darin, daß in l. 11 § 2 de pign. 20, 1 dem Käufer eines Usufructs und dem Gläubiger, welcher denselben zum Pfande erhalten hat, der prätorische Schutz vermittelst einer Exception gegen die negatorische Klage des Eigenthümers zugesagt wird. Eine solche war aber nur nöthig, wenn letzterer trotz dem fremden Usufructe doch immer noch dritten vom Usufructuar nicht autorisirten Personen die Ausübung verweigern und sie wegen unberechtigter Ausübung verfolgen konnte, und das setzt wieder voraus, daß er, weil sonst die Klage für ihn kein Interesse gehabt hätte, eventuell selbst zur Ausübung befugt war. Ein fernerer Beweisgrund läßt sich daraus entnehmen, daß wenn die Früchte gestohlen werden, ehe die Perception Seitens des Usufructuars geschehen war, und also, ehe sie von diesem zum Eigenthum erworben waren, der Eigenthümer die condictio furtiva anstellen kann [f]), so daß also, so lange der Usufructuar die Früchte nicht percipirt hat, sie dem Eigenthümer zustehen müssen. So weit daher der Usufructuar von der Eigenschaft der Sache, in Folge welcher sie Fruchtgenuß gewährt, keinen Gebrauch macht, steht sie nach wie vor dem Eigenthümer zu [g]); nur kann dieser dem ersteren

---

f) L. 12 § 5 de usufr. 7, 1.

g) Man könnte eine entgegengesetzte Ansicht darauf gründen, daß nach Justinians Entscheidung in l. 1 § 2 C. commun. de manum. 7, 15 eine vom Usufructuar vorgenommene Freilassung des im Usufruct stehenden Sklaven dem Eigenthümer nicht die Befugniß verleiht, fortan den Sklaven beliebig für sich zu benutzen, sondern ihn vielmehr nöthigt, so lange als der Usufruct gedauert haben würde, keinerlei Anspruch auf Dienstleistung an den Sklaven zu machen. Das würde allerdings beweisen, daß die im Usufruct enthaltene Befugniß dem Eigenthümer ganz entfremdet sei, wenn man die Freilassung eines Sklaven nur wie eine Dereliction desselben auffassen könnte, und sie nicht vielmehr ein eigenes, speciellen Regeln unterliegendes Institut wäre, welches

gegenüber niemals ein Recht darauf beanspruchen, sondern nur dritten gegenüber, und sollte der Usufructuar daher für gut finden, die Früchte eines Jahres auf dem Felde umkommen zu lassen, so ist er dazu kraft seiner Herrschaft befugt, und wenn der Eigenthümer dieselben gegen sein Gebot einernten will, so kann er ihn mit seinen Rechtsmitteln zurückweisen. Dennoch aber kann man nicht annehmen, daß dem Eigenthümer die Eigenschaft, wonach die Sache Fruchtgenuß gewährt, in ihrer Totalität entzogen ist.

Wenn dagegen eine Wegegerechtigkeit bestellt wird, so ist dadurch wieder nicht die Eigenschaft des Grundstücks, vermöge deren auf demselben gegangen werden kann, Gegenstand der Servitut geworden, also die Befugniß, auf demselben zu gehen, veräußert, sondern es ist nur die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren dieser bestimmte Berechtigte in der und der Richtung und in der und der Weise auf dem Grundstücke gehen kann. Dadurch ist nun jene generelle Eigenschaft desselben, begangen werden zu können, allerdings zum Theil absorbirt; denn kein Grundstück ist derartig, daß auf demselben eine unbeschränkte Anzahl gleichzeitig in derselben Weise gehen könnte, und sobald daher Einer kraft eigenen Rechtes dort geht, wird ein anderer möglicher Weise von gleicher Benutzung abgehalten; — allein diese Verminderung der allgemeinen Eigenschaft ist so gering, daß diese Folge der Servitut den Eigenthümer selten berühren wird und daher hinter eine andere später zu besprechende Wirkung ganz zurücktritt. Höchstens, wenn er oder ein anderer Berechtigter gerade gleichzeitig mit dem Servitutinnehaber auf demselben Wege und in derselben Weise gehen will, wird er fühlen, daß eine Eigenschaft seiner Sache in fremden Händen ist, und hier muß er dann ausweichen, ja selbst umkehren, wenn er dem Berechtigten auf einem für das Ausweichen zu engen Wege begegnet.

Ein Beispiel der negativen Servituten möge endlich lehren, daß auch die Befugniß, welche der Servitutberechtigte erwirbt, möglicher Weise ganz unbeschränkt beim Eigenthümer zurückbleiben kann. Denn bei Bestellung einer servitus altius non tollendi wird die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren jemand fordern kann, daß das Haus

---

durch den Gesetzgeber überall und häufig auf Kosten der juristischen Consequenz begünstigt wird.

nicht höher gebaut werde, jedoch wieder nur so weit veräußert, als eine bestimmte Person, nämlich der Servitutberechtigte solches fordern kann. Eine solche Befugniß, vermöge deren ich verlangen kann, daß etwas nicht geschieht, kann nun aber der Natur der Sache nach von Unzähligen gleichzeitig geübt werden, ohne daß dadurch einer den andern beschränken wird, und deßhalb mindert die einem einzelnen ertheilte Befugniß die generelle Befugniß, das Höherbauen zu verbieten, nicht im Geringsten, so daß der Eigenthümer, auch wenn er noch so vielen Personen eine servitus altius tollendi verliehen hat, nach wie vor unbeschränkt fordern kann, daß niemand auf seinem Hause baue. Deßhalb ist denn auch seine Sache nicht um diese Eigenschaft vermindert, wohl aber, wie wir sehen werden, um eine andere.

Die an einer Sache möglichen Befugnisse können, wenn sie sich auch alle in dem Eigenthum vereinigen, doch nicht immer gleichzeitig neben einander geübt werden, sondern sie stehen sehr häufig in dem Verhältniß, daß die Ausübung der einen die andere ausschließt. Der Eigenthümer kann sein Grundstück überschwemmen und auch ganz austrocknen, aber er kann nicht beides gleichzeitig; will er die eine Eigenschaft benutzen, so muß er die andere unbenutzt lassen. Das hat denn nun auch zur Folge, daß wenn er eine Eigenschaft zu einer selbständigen Sache gemacht und fremder Herrschaft unterworfen hat, nunmehr auch die Eigenschaften, welche mit der Benutzung jener unverträglich sind, von ihm nicht angewandt werden dürfen, um den Gebrauch der Servitut indirect zu vereiteln. Dies fließt aus dem Charakter der Servituten als dinglicher Rechte.

Da nämlich das Recht des Servitutberechtigten an der neu entstandenen Sache ein absolutes ist, das jedem gegenüber mit gleicher Kraft wirkt und gegen jede unberechtigte Störung Rechtshülfe beanspruchen kann, so hat auch der Eigenthümer der dienenden Sache solches zu achten. An sich ist er nun dabei zwar zu nichts anderm verpflichtet, als was alle andern Personen zu beobachten haben, allein für ihn hat dieses Verbot, das fremde Recht in keiner Weise zu stören, in so fern eine weit größere factische Wichtigkeit, als er jetzt alle jene Eigenthumsbefugnisse, die mit der Servitutbefugniß collidiren, nicht mehr auszuüben vermag. Dies tritt insbesondere bei der Befugniß entgegen, welche den geraden Gegensatz zu der

Servitutbefugniß bildet, und die daher, wenn letztere eine negative ist, welche Vornahme gewisser Handlungen verbietet, grade auf Vornahme dieser Handlungen gerichtet ist, während, wenn eine positive Handlung Inhalt der Servitutberechtigung ist, die den Gegensatz bildende Eigenthumsbefugniß dahin geht, die bestimmte Handlung dem Betreffenden zu verbieten. Wenn nun auch, wie wir oben sahen, nicht immer die als Servitut constituirte Befugniß dem Eigenthümer entzogen zu sein braucht, so tritt dagegen diese Wirkung, daß er die mit der Servitutbefugniß collidirenden Befugnisse nicht ausüben darf, überall in gleicher Weise ein, und erscheint mitunter als die einzige Wirkung der Servitutbestellung für den Eigenthümer. So hat, um in unsern obigen Beispielen fortzufahren, die servitus altius non tollendi, welche dem Eigenthümer das Recht auf Untersagung jedes Höherbaus durchaus nicht entzieht, wohl aber die Suspension des ihm sonst zustehenden jus altius tollendi zur Folge, während der Usufruct und die Wegegerechtigkeit neben der bereits dargestellten Wirkung auch noch das jus uti frui prohibendi, und das jus ire agere prohibendi suspendirt. Ich sage suspendirt, denn es wird diese Befugniß dem Servitutberechtigten keineswegs erworben; derselbe hat nicht das Recht, höher zu bauen, und nicht das Recht, Eigenthumshandlungen an der Sache zu verbieten, wenn solche nicht etwa zugleich die Servitut verletzen. Daher bleiben diese Befugnisse beim Eigenthümer zurück, aber er darf sie, so weit dadurch die Benutzung der Servitut behindert wird, nicht ausüben, wie er das schon früher vor der Servitutbestellung aus factischen Gründen nicht konnte, wenn er selbst von der in der Servitut enthaltenen Befugniß Gebrauch machen wollte.

Von Scheurl hat das Verdienst erworben, zuerst mit Nachdruck darauf aufmerksam gemacht zu haben, wie bei der Servitutbestellung nicht immer dieselbe Befugniß dem Eigenthümer verloren, und dieselbe dem Servitutberechtigten erworben wird, sondern beide sich gerade gegenüber stehen können. Allein er gerieth durch diese Beobachtung auf einen Abweg, indem er verkannte, wie doch immer die in der Servitut enthaltene Befugniß aus den Eigenthumsbefugnissen abgeleitet ist, wie sich auf deren Uebertragung der Wille der Parteien vor Allem richtet und diese immer die Hauptsache bleibt, und wie daher die Entziehung der entgegengesetzten Befugniß nur eine sekundäre

Folge der ersteren ist, die aus dem Charakter der Servitut, als einem dinglichen Recht, mit Nothwendigkeit hervorgeht. Das Bestreben, diese Folge als die einzige und beabsichtigte Wirkung an die Spitze zu stellen, ist von Büchel[h]) und Arndts[i]) mit Recht als eine Umkehrung des natürlichen Verhältnisses bezeichnet worden, die um so weniger zu billigen ist, als es bei Annahme derselben unerklärt bleibt, wie die Befugniß, sich in dem Augenblick ihrer Uebertragung aus einer negativen zu einer positiven umwandeln soll, oder umgekehrt.

Um meine seither auseinandergesetzte Ansicht von dem Wesen der Servituten kurz zu wiederholen; so haben sie zu ihrem Gegenstand eine bestimmte Eigenschaft der dienenden Sache, und diese Eigenschaft wird als selbständige Sache rechtlich fingirt. Der Eigenthümer schafft diese neue Sache im Augenblicke der Servituterrichtung, und wenn ihm dadurch auch nicht immer die vom Servitutberechtigten erworbene Befugniß entzogen zu sein braucht, so ruhen doch für ihn alle die Befugnisse, welche mit der ausgeschiedenen Servitutbefugniß nicht gleichzeitig geübt werden können.

Während ich nun also die Servituterrichtung als eine Minderung der dienenden Sache selbst ansehe, und für diese Ansicht nicht nur zahlreiche Quellenaussprüche zeugen, sondern auch alle Erscheinungen der Servitutenlehre damit in Einklang gebracht werden können, geht die herrschende Meinung dahin, die Servituterrichtung sei eine Minderung des Eigenthumsrechts an der dienenden Sache, und man faßt dann, um Büchels[k]) Worte zu gebrauchen, der diese Ansicht mit besonderm Nachdruck vertreten hat, mit dem aber die meisten Darstellungen der Sache nach übereinstimmen, die Servituten auf als „bestimmte aus dem Umfang des Eigenthums wirklich abgelößte und dem Servitutberechtigten eigenthümlich und selbständig, d. h. dem Rechte nach, so wie sie im

---

h) Im zweiten Nachtrage (1846) zu der Abhandlung über jura in re und deren Verpfändung. Erörterungen. 2te Aufl. S. 144.

i) In dem Aufsatz: Zur Lehre von der Emphyteuse, in der Gießer Zeitschrift. Neue Folge. Bd. III. S. 255. 1847.

k) Ueber jura in re und deren Verpfändung, in den civilrechtl. Erörterungen. 2te Aufl. S. 288.

Eigenthum enthalten waren, jedoch in Folge der Ausscheidung dem Servitutberechtigten als eigenes und unabhängig vom Eigenthum zustehendes Recht, eingeräumte Befugnisse". Allein bei dieser Auffassung wird es einmal nicht genügend gerechtfertigt, daß der „abgelößte Eigenthumsbestandtheil" mit dem Wegfall des Servitutberechtigten, trotzdem daß der Eigenthümer jedes Recht daran aufgegeben hat, ipso jure an diesen zurückfällt, und nicht vielmehr, wie das doch consequent wäre, eine res nullius wird, während dieser Umstand nach meiner Auffassung mit Nothwendigkeit daraus folgt, daß das Eigenthumsrecht unbeschränkt geblieben ist, und daher auch, wenn sich die im Eigenthum stehende Sache durch Aufhören der juristischen Fiction, welche eine Eigenschaft derselben zu einer eigenen Sache machte, um diese Eigenschaft vergrößert, das Eigenthum diese Vergrößerung ipso jure gleichsam als Accession ergreifen muß. Sodann aber läßt sich die herrschende Meinung auch nicht mit der oben besprochenen Erscheinung in Einklang bringen, nach welcher dem Eigenthümer die durch die Servitut verliehene Befugniß mitunter nach wie vor unbeschränkt zusteht, daher um diese sein Eigenthum nicht gemindert sein kann, und dagegen die der Servitutbefugniß entgegenstehenden Eigenthumsbefugnisse zwar dem Eigenthümer entzogen, aber doch dem Servitutberechtigten nicht zugefallen sind, so daß auch diese nicht die abgelößten und vom Servitutberechtigten erworbenen Eigenthumsbestandtheile sein können. Büchel hat seine Ansicht auch Scheurls Beobachtungen gegenüber zu vertheidigen gesucht[1]), aber diese Vertheidigung ist hauptsächlich nur ein Angriff gegen die Punkte von Scheurls Behauptung, wo er, wie wir oben erwähnten, einer zu weit greifenden und einseitigen Auffassung Raum giebt, dagegen wird das eben erwähnte Verhältniß, wie solches doch bei den negativen Servituten immer eintritt, keiner nähern Berücksichtigung unterzogen.

Wenn nun dieser Ansicht von dem Wesen der Servituten so gewichtige innere Gründe entgegen stehen, so werden wir den Stellen, welche für dieselbe zu sprechen scheinen, von vornherein schon ein gewisses Mißtrauen entgegensetzen müssen; ohnehin aber sind sie von der Art, daß sie auch auf andere Art erklärt werden können, und

1) Zweiter Nachtrag. Erörterungen. Bd. I.

nicht gebieterisch den Glauben fordern, daß die römische Rechtswissenschaft die Servituten als abgelöste Eigenthumsbestandtheile aufgefaßt habe. Denn einmal führt man für diese Ansicht die bereits oben besprochenen Stellen an, welche den Ususfruct schon während seiner Vereinigung mit dem Eigenthum als einen Bestandtheil desselben auffassen, und die in Betracht der vielen entgegenstehenden Aussprüche aus einer mitunter vorkommenden singulären Auffassung hinsichtlich des Ususfructs zu erklären sind, sodann aber beruft man sich namentlich auf die l. 5 § 9 de operis nunciat. 39, 1, wo Ulpian sagt:

> Et belle S. Pedius definiit, triplicem esse causam operis novi nunciationis, aut naturalem, aut publicam aut impositiciam; — — — impositiciam, quum quis, posteaquam *jus suum deminuit, alterius auxit*, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

Man hat aber mit Recht schon darauf aufmerksam gemacht, daß diese Worte keine genaue Definition des wahren Wesens der Servituten, und namentlich nicht, wie Vangerow[m]) will, der Gebäudeservituten enthalten, sondern, wie schon die beiläufige Behandlung vermuthen läßt, nur eine Umschreibung des Servitutenverhältnisses sein sollen, welche die heute auf diesem Gebiete üblichen Stichwörter mehr zufällig enthält. Und dem Resultate nach wird denn auch das Recht des einen vermehrt und das des andern vermindert, aber freilich ähnlich, als ob der eine Nachbar einen körperlichen Theil seines Grundstücks von diesem ausscheidet und dem Nachbar übergiebt. Auch in diesem Falle könnte man sagen: jus suum deminuit, alterius auxit. Dieselbe Rücksicht auf das Resultat und darum auf den äußern Anschein läßt die Juristen das Eigenthum an einer nicht mit Servituten belasteten Sachen als *plena proprietas*[n]) bezeichnen, welcher die *nuda proprietas*[o]) entgegensteht.

Vangerow[p]) hat für die Personal- und Feldservituten eine

---

m) Leitfaden Bd. I. 6te Aufl. S. 782.

n) L. 78 pr. de jure dotium 23, 3; l. 10 de usufr. legato 33, 2; l. 15 § 4 de castr. pec. 49, 17.

o) §. B. §. 4 J. de usufr. 2, 4.

p) Leitfaden Bd. I. 6te Aufl. S. 782.

andere Ansicht aufgestellt, welche ebenfalls die Wirkung der Servitutbestellung nicht in einer Veränderung der Sache, sondern in einer Veränderung des Eigenthums daran sucht, aber dieses nicht um einen Bestandtheil verringert, sondern nur in der Ausübung beschränkt sein läßt. Es sollen nämlich an bestimmten Eigenthumsbefugnissen, welche nach wie vor im Eigenthum enthalten bleiben, dem Berechtigten die Ausübung in Folge eines selbständigen dinglichen Rechts gestattet werden. Wenn sich nun dieser Auffassung gegenüber auch nicht die Momente geltend machen lassen, welche der obigen auch von Vangerow für die Gebäudeservituten getheilten Ansicht entgegenstehen, so sprechen, abgesehen von der gewiß nicht zu rechtfertigenden gänzlichen Scheidung des Begriffs der Personal- und Feldservituten von dem der Gebäudeservituten, schon alle die Stellen dagegen, wo die Bestellung der Servituten als eine alienatio aufgefaßt wird[q]). Ferner, und das ist der hauptsächlichste Grund, der gegen Vangerows Definition spricht, wird darnach wohl die Wirkung dem Eigenthümer gegenüber, aber nicht der Inhalt des Servitutrechts selbst scharf genug bestimmt. Die Servitut soll ein dingliches Recht auf Ausübung einzelner Eigenthumsbefugnisse verleihen; worin sich nun aber das dingliche Recht auf Ausübung einer Befugniß von der Befugniß selbst unterscheiden soll, also das Recht, irgendwo zu gehen, von dem Rechte auf Ausübung des Rechts, dort zu gehen, ist nicht ersichtlich, vielmehr ist jene Befugniß immer diese letztere Befugniß selbst, und demnach hätten Eigenthümer und Servitutberechtigter dieser Ansicht nach immer gleichzeitig und in derselben Weise dasselbe Recht, was doch eben, wie gezeigt, nicht der Fall ist. Vangerow hat Recht, wenn er die Verminderung des Eigenthumsrechtes um einzelne Bestandtheile leugnet, aber er ist dabei stehen geblieben und hat nicht nachgewiesen, woran denn das Recht besteht, das den Eigenthümer beschränkt. Nur wenn man mit uns annimmt, daß es an einem ganz andern Object bestellt ist, als woran das Recht des Eigenthümers besteht, wird sich die Behauptung vertheidigen lassen, daß das Eigenthum auch

---

q) So z. B. in l. 3 § 5 de rebus eorum, qui sub tutela 27, 9: Nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit ususfructus pupilli. — Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare etc.

nach der Servitutbestellung in seinem Bestande unvermindert ist, und daß der Eigenthümer in der Ausübung desselben nur durch das entgegenstehende Recht beschränkt wird, da er von seinen Befugnissen keinen Gebrauch machen kann, ohne die fremde (nur fingirte) Sache zu beschädigen.

§. 6.

Fortsetzung. Servitus in faciendo consistere nequit.

Eine nothwendige Folge unserer seither gefundenen Begriffsbestimmung der Servituten zeigt sich darin, daß nur solche Befugnisse durch Servituten verliehen werden können, welche durch die Herrschaft über eine Eigenschaft der dienenden Sache vollständig gewährt und unmittelbar an derselben geübt werden können. Daraus ergiebt sich, daß der Eigenthümer der dienenden Sache in Folge einer Servitut zu nichts anderem verpflichtet sein kann, als daß er die Ausübung der Befugniß geschehen lasse, das dingliche Recht achte, nicht aber kann ihm eine positive Thätigkeit obliegen, durch welche jene Ausübung erleichtert oder ermöglicht wird; denn dann wäre ja das Recht an der Sache von weiterem Umfang als die Sache selbst, und begriffe zugleich das Recht an einer Person. Ferner ist ja zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten während bestehender Servitut durchaus kein anderes Band, als daß beide an derselben Sache Befugnisse ausüben, und darum ist auch, wenn man etwa mit Goldschmidt[a]) sagen wollte, die Sache kann zur Leistung einer Thätigkeit verpflichtet sein, doch nicht abzusehen, warum gerade der Eigenthümer dieselbe dem Servitutberechtigten gegenübeer vertreten soll. Auch, wenn man von dem Standpunkte des Eigenthümers ausgeht, muß man dahin kommen, daß kein Grund zu finden ist, wodurch er in Folge seines Eigenthums zu positiven Leistungen angehalten werden kann. Die Vortheile, welche ihm das Eigenthum gewähren, bestehen in dem Rechte zu bestimmten positiven Handlungen mit oder auf der Sache, und in dem Rechte, andere von

a) Archiv für civ. Pr. Bd. I. 1818. S. 386.

der Vornahme solcher Handlungen abhalten zu können[b]). Die rechtliche Verkleinerung der im Eigenthum stehenden Sache durch Servitutbestellung oder wenn man lieber will, die Verminderung des Eigenthumsrechtes könne daher auch immer nur eins dieser beiden Rechte entziehen, also zu einem Nichtthun oder Dulden verpflichten, nicht aber außerdem ihn nöthigen, noch von seiner eigenen Freiheit hinzugeben. Dies ist es, was Pomponius in der l. 15 § 1 de serv. 8, 1 so ausdrückt:

> Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat), sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

Die ältere Doctrin hat diese Lehre zusammengefaßt in den Satz: **Servitus in faciendo consistere nequit**, und dies ist eine allgemein übliche Form der Regel geworden, trotzdem schon oft darauf hingewiesen ist, wie dabei **servitus** in einem Sinne gebraucht wird, der keineswegs der gewöhnliche ist; denn es bezeichnet hier das Verhältniß der dienenden Sache, während sonst darunter das ganze zwischen dem Berechtigten und der Sache bestehende Rechtsverhältniß oder gar, wie die häufigen Ausdrücke **servitutem acquirere, amittere** beweisen, allein die Berechtigung verstanden wird.

So einfach und naturgemäß diese Rechtsregel nun auch aus dem Begriff der Servitut hervorgeht, so wenig hat man früher dieselbe zu würdigen gewußt, und sie vor Allen gehörte zu den verrufenen Subtilitäten des Servitutenrechts. Während die Glosse den Satz noch keiner besonderen Erörterung zu unterziehen zu brauchen glaubte, hat eine spätere Zeit, welche Erscheinungen des deutschen Rechtslebens trotz ihrer Verschiedenheit in die römische Servitutenlehre einzupressen suchte, und dabei durch diesen Satz häufig behindert wurde, sich gar mannigfach mit demselben beschäftigt, und die verschiedensten Mittel wurden angewandt, um denselben weg zu interpretiren, und später, um denselben zu erklären. Namentlich bietet das vorige Jahrhundert eine äußerst zahlreiche Literatur über diesen Gegenstand, der

---

b) Daß das Recht, etwas mit der Sache nicht zu thun, aus dem Eigenthum fließe, ist auch schon behauptet worden (*Abegg*, **de servitutibus in faciendo ex jure Romano. 1827**), trotzdem, daß dieses gleichfalls jedem Nichteigenthümer zusteht und in der natürlichen Freiheit des Menschen seinen Grund hat.

eine Fundgrube für Dissertationen aller Art ward, und noch in diesem Jahrhundert hielt die Göttinger Fakultät es für nöthig, durch Aufstellung desselben als Preisaufgabe auf dessen gründliche Bearbeitung hinzuwirken[c]). Wenn diese früheren Schriftsteller ihn überhaupt anerkannten, so rechtfertigten sie ihn gewöhnlich dadurch[d]), daß ein Vertrag einen Singularsuccessor nicht verpflichten könne, ohne zu bedenken, daß in dem Act der Servitutberechtigung keineswegs immer ein Vertrag enthalten oder mit demselben verbunden sein muß, und ferner, daß dieser Grund eben selbst erst der Begründung bedarf, und man diese nur durch dieselben Momente zu geben vermag, aus denen wir hier direct unsern Satz abgeleitet haben.

Eine Anwendung dieser Regel finden wir z. B. in l. 12 de annuis legatis 33, 1, an welcher Stelle Paulus von einem Fall handelt, wo jemand zwei Grundstücke an verschiedene Personen vermacht hatte, und dann verfügte:

> Praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua arundinis millia trecena et salicis mundae annua librarum singula millia.

Hier, sagt Paulus, sei weder eine Personal- noch Realservitut, sondern es sei nur dem, welcher die praedia Lutitiana erhalten habe, ein jährliches Legat ausgesetzt, womit der, welcher das andere Grundstück erhalten habe, beschwert sei. Denn das praestare, was auferlegt ist, setzt eine Thätigkeit einer verpflichteten Person voraus, und solcher wird es auch immer bedürfen, wenn jemand eine bestimmte Quantität aus dem Ertrage eines fremden Grundstücks erhalten, also nicht selbst erst solche aus dem fremden Grund und Boden produciren soll. Darum leugnet auch Scävola in l. 58 § 1 de usufr. 7, 1, daß durch die testamentarische Verfügung:

> Sempronio do lego ex redactu fructuum, oleris et porrinae, quae habeo in agro farrariorum, partem sextam,

ein Ususfruct errichtet sei[e]).

---

c) In Folge dessen entstand: *C. F. L. Johanknecht*, Exploratio quaestionis an servitus in faciendo consistat. Goettingae 1807.

d) Auch Thibaut in seinen Versuchen Bd. 1. Abh. 2.

e) Auch in l. 81 § 1 de contr. emt. 18, 1 ist dieser Grund maßgebend.

Ferner muß aus diesem Satze, daß die Servitut den Eigenthümer der dienenden Sache nicht zu einer positiven Thätigkeit verpflichten kann, die Folgerung sich ergeben, daß es diesem, wenn nicht ein besonderer mit dem Servituteninnehaber abgeschlossener Vertrag ihn verpflichtet, nie obliegen kann, die Vorrichtungen, welche auf seinem Grund und Boden zur Ausübung der Servitut nöthig sind, in Stand zu halten, sondern daß er genügend das ihm Obliegende erfüllt, wenn er nur nicht diese Anstalten stört, und wenn solche einer Reparatur bedürfen, dem Berechtigten den Zugang zu denselben gestattet [f]). Eine andere Auffassung hat man mit Unrecht durch die l. 2 § 4 de aqua et aq. pl. arcenda 39, 3 begründen wollen [g]), wo jedoch gar nicht von der Erhaltung der für eine Servitut nöthigen Vorrichtung die Rede ist, sondern von der gesetzlichen Verpflichtung den Graben rein zu halten, durch welchen das Wasser von einem höherliegenden Grundstück abläuft, und wo darum dem Verletzten nicht eine dingliche Klage, sondern die persönliche actio aquae pluviae accendae zugestanden wird.

Wohl aber stellen die römischen Juristen ein anderes Princip hinsichtlich der *servitus oneris ferendi* auf. Durch diese erhält man die Befugniß, eine Mauer oder einen Balken des eigenen Gebäudes so auf einer Mauer oder Säule des Nachbars ruhen zu lassen, daß diese die Last des andern Hauses mit tragen muß und auf diese Weise zur Erhaltung desselben wesentlich nöthig ist. Hier soll nun — und wie aus l. 8 § 2 si serv. vind. 8, 5 [h]) hervorgeht,

---

f) L. 11 § 1 comm. pr. 8, 4.

g) Goldschmidt im Archiv für civ. Praxis Bd. I.

h) Ulpian vergleicht hier mit der servitus oneris ferendi die servitus tigni immittendi und hebt bei dieser hervor, daß die confessorische Klage nur fordere, daß der Einschiebung der Balken nichts in den Weg gelegt werde: „*quod non est contra genera servitutum*". Warum übrigens bei der servitus tigni immittendi nicht eine gleiche Bestimmung gelte, ist häufig Gegenstand der Erörterung gewesen, wobei man nicht bedachte, daß mit diesem Namen nur die Servituten bezeichnet wurden, bei denen eine Belastung der Nachbarmauer nicht stattfand, und bei denen daher der Berechtigte gar kein Interesse daran hatte, ob diese im baulichen Zustand war oder nicht. Er hatte nur so viel Raum zu fordern, um dort den Balken haben zu können und dieser wurde ihm auch nicht durch den Einsturz des Nachbarhauses entzogen.

erschien das auch den Römern als Anomalie — der Eigenthümer des belasteten Grundstücks verpflichtet sein, die tragende Mauer in Stand zu halten und nöthigenfalls dazu mit der dinglichen Servitutenklage angehalten werden. Freilich hatte sich dieser Satz erst allmählig zur allgemeinen Anerkennung durchkämpfen können; noch Aquilius Gallus hatte nach Ulpians Bericht in l. 6 § 2 si serv. vind. 8, 5 dagegen geltend gemacht, daß eine Servitut nicht den Eigenthümer des dienenden Grundstücks zu einem Handeln verpflichten könne, und die allgemeine Regel aufgestellt, daß die Erhaltung der nöthigen Vorrichtungen bei allen Servituten dem Eigenthümer obliege. Allein die Ausnahme hinsichtlich der servitus oneris ferendi gelangte doch durch Auctorität des Servius Sulpicius Rufus zur allgemeinen Anerkennung, nur daß Labeos Meinung, es müsse dem Eigenthümer frei stehen, sich von dieser Verpflichtung durch Dereliction frei zu machen, ebenfalls allgemein angenommen wurde.

Man hat bei Erklärung dieser Erscheinung ein ganz besonderes Gewicht darauf legen wollen, daß ein vorausgegangener Vertrag zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigenthümer letzterem diese Verpflichtung auferlegt habe, und das Anomale nur darin finden wollen, daß der Singularsuccessor des pasciscirenden Eigenthümers an den Vertrag gebunden sei, ja man hat darum diesen auch von der Verpflichtung entbinden wollen, wenn er bei Uebernahme des dienenden Grundstücks diesem Vertrage widersprochen habe [i]). Dadurch wird nun aber die größere Anomalie, daß durch die dingliche Servitutenklage auf Erfüllung des Vertrags geklagt werden soll, durchaus gar nicht erklärt, und von den Stellen, welche von dieser Eigenthümlichkeit der servitus oneris ferendi sprechen, erwähnt l. 6 § 2 und 5 si serv. vind. 8, 5 allerdings der Verabredung der Constituenten, aber nur, damit darnach bestimmt werde, wie die Reparatur der Mauer vorzunehmen sei, also in derselben Weise, wie bei jeder Servitut die so genannte lex servitutis, der

---

Gegen dennoch möglichen Schaden konnte er sich genügend durch den Anspruch auf cautio damni infecti schützen. Vgl. Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 14.

i) *Johanknecht*, Diss. citata p 15 u. ff.

ausgesprochene Wille der Constituenten, den Inhalt der Servitut regelt. Dagegen aber sagt Paulus in l. 33 de S. P. U. zur Begründung der Regel, daß der Eigenthümer bauen müsse:

> nam quum in lege aedium ita scriptum esset: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere; non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Quemadmodum si quis alicui servisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res, quae servit et tuum onus ferret, periisset, alia in locum eius dari debeat.

Man pflegt diese Stelle so zu verstehen, daß Paulus hier die ganze Baupflicht des Eigenthümers aus den Worten der Formel ableite, welche gewöhnlich bei Errichtung einer solchen servitus oneris ferendi angewandt wurde. Allein meines Erachtens weisen die folgenden Ausführungen in diesem Fragment darauf hin, daß Paulus sich auf diese Formel nur beruft, um diesen Satz gegen einen nahe liegenden Einwand sicher zu stellen, nämlich gegen den, daß die Servitut, dem Wortlaut der Formel gemäß, ja nur der zur Zeit der Errichtung bestehenden Mauer oder Säule auferlegt sei, also der Eigenthümer nicht gehalten sein könne, sobald diese baufällig sei, im Interesse des Servitutberechtigten eine neue zu errichten, da diese neue ja von der Servitut frei sein würde und darum für ihn gar keinen Vortheil biete. Das widerlegt Paulus dadurch, daß er nachweist, wie die Worte der Formel richtig verstanden, alle künftig zu errichtenden Mauern einschlösse. Auf jeden Fall wird weder hier noch in andern Stellen ein besonderer vorausgegangener Vertrag zur Entstehung der Verpflichtung für den Eigenthümer erfordert, vielmehr solche immer als unmittelbare Folge der servitus oneris ferendi angesehen.

Wenn man weiter die Anomalie allein daraus hat erklären wollen, daß ohne eine derartige Bestimmung der Servitut die nöthige sogenannte perpetua causa fehlen würde, indem die dienende Sache ihrer Natur nach etwas Vergängliches ist, und daher, falls sie Gegenstand einer Servitut sein solle, diese Eigenschaft durch ihren Eigenthümer ergänzt werden müsse, so ist darauf zu erwidern, wie die eigentlich dienende Sache immer der Grund und Boden selbst

ist, der ja nach Paulus Meinung in der citirten l. 33 de S. P. U. unabhängig von den jedesmaligen Schicksalen der Mauer verpflichtet ist, — wie ferner die auf diesem Boden stehende Mauer nur die Vorrichtung ist, welche zur Ausübung der Servitut nöthig ist, und wie solche Vorrichtungen bei gar vielen Servituten der Vergänglichkeit noch in weit höherem Grade unterworfen sind, ohne daß man daraus eine Verpflichtung des Eigenthümers zur Reparatur hat herleiten wollen. Vielmehr liegt diese in solchen Fällen immer dem Servitutberechtigten ob. Auch damit kann man die Schwierigkeit nicht heben, daß man das Singuläre dadurch entstanden sein läßt, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks bei der Constituirung eine taugliche Mauer zu stellen übernommen habe, und deßhalb nöthigen Falls eine reparirte stellen müsse, was Puchta (Pandecten § 184) annimmt und daraus folgert, daß hier gar keine Ausnahme von der Regel: servitus in faciendo consistere non potest vorliege. Durch analoge Anwendung einer solchen Begründung müßte man auch für manche andere Servituten zu einer Reparaturpflicht des Eigenthümers kommen, indem z. B. eine Wegeservitut an einem vorhandenen brauchbaren Wege bestellt werden und dessen Instandhaltung Seitens des Eigenthümers beabsichtigt sein kann, wo jedoch eine Verpflichtung jedes Eigenthümers zur Reparatur keineswegs angenommen werden darf.

Auf Mühlenbruchs[k]) Veranlassung endlich hat man diese Regel auch in Verbindung gebracht mit der Verpflichtung jedes Eigenthümers eines Gebäudes, solches in baulichen Stand zu erhalten, oder dem Nachbar wegen möglichen Schadens eine cautio damni infecti zu bestellen. Für den Fall der servitus oneris ferendi habe man nun diese Wirkungen des Nachbarrechts ohne den Umweg der Einweisungen in den Besitz und in das Eigenthum, sondern nur in seinen wesentlichen Bestimmungen in das Servitutenrecht aufgenommen, indem man sofort eine dingliche Klage auf die Reparatur der Nachbarmauer gegeben habe, die auf dem gewöhnlichen Wege erst durch indirecten Zwang hätte durchgesetzt werden können. Nun möchte es aber meines Erachtens noch erheblichen Zweifeln unterliegen, ob wirklich in der Rechtsanschauung der Römer die Vor-

k) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 14. 1831. S. 334.

schriften über die cautio damni infecti den Eigenthümer zur Reparatur seines eigenen Hauses, wenn auch nur indirect, zwingen sollten, und ob nicht vielmehr dieses eine mehr zufällige Wirkung jener Bestimmungen war, die in ihrer Hauptrichtung nur den Nachbar gegen künftige Verletzung sichern sollte. Nur diesen Zweck hatten die Römer dabei im Auge, denen ein polizeiliches Einwirken und Einmischen in die Privatverhältnisse fremd war, und deren Rechtsgefühl es durchaus nicht entsprach, daß jemand durch Rechtsvorschriften zur Instandhaltung seiner Sachen angehalten werden solle. Wenn jemand nur den Schaden, den seine Unterlassung anrichtete, ersetzen wollte, konnte er unterlassen, so viel er wollte. Darum mußte nach der römischen Auffassungsweise eben nur die Stellung der cautio damni effecti das Essentielle und der Zweck des ganzen Verfahrens sein, nur um dazu zu zwingen, fanden die Immissionen statt, und man kann darum nicht annehmen, daß die Römer, wenn sie auch mit Rücksicht auf die größere Gefahr, welche in Fällen der servitus oneris ferendi der Servitutberechtigte bei der Baufälligkeit des Nachbarhauses leidet, das Verfahren abgekürzt hätten, allein in Folge dieser Abkürzung dazu gekommen wären, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks zur Reparatur verurtheilt werden könne, sondern sie würden ihm wahrscheinlich noch immer die Möglichkeit offen gelassen haben, sich durch Cautionsbestellung frei zu machen. Die l. 7 si serv. vind. 8, 5 spricht nun allerdings auch von einer Caution, die der Richter dem Eigenthümer, wenn er ihn nicht sofort zum Bau verurtheilt, auflegen kann; allein diese geht nicht auf Schadloshaltung in Folge des Einsturzes, sondern auf Unterlassung in der Störung der Servitut und zugleich auf Vornahme der nöthigen Reparatur. Zu dieser wird der Richter daher gegriffen haben, wenn noch keine dringende Gefahr vorhanden oder der Bau augenblicklich behindert war; auf jeden Fall konnte er aber sofort zur Vornahme der nöthigen Bauten verurtheilen, was, wie wir zu zeigen suchten, aus den Prinzipien der cautio damni infecti nicht erklärt werden kann.

Sodann bleibt es doch immer ein schwer zu lösendes Räthsel, wie die Praxis und die Jurisprudenz, durch welche allein diese Lehre ausgebildet ist und welche, worauf namentlich Mühlenbruch selbst hier Gewicht gelegt haben will, alle Sprünge und Willkührlichkeiten

vermieden haben werden, dazu kommen sollten, die beiden so ganz verschiedenen Institute der dinglichen Klage auf Anerkennung der Servitut und der Forderung auf Cautionsstellung zu vereinigen, zumal diese doch einen so ganz verschiedenen Proceßgang einhielten und von verschiedenen Behörden entschieden wurden. Der Prätor selbst, ja die städtischen Magistrate, die dazu ein für alle Mal delegirt waren[l]), verfügten die Cautionsbestellung, die ganz außerhalb des Bereichs der judices lag, welche über die dingliche Klage entscheiden mußten. Auch läßt sich daraus kein Zusammenhang unseres Satzes mit der cautio damni infecti herleiten, daß man durch diese nicht behelligt werden konnte, wenn man das baufällige Gebäude aufzugeben bereit war, demnach also der Verlust desselben in Folge der immissio ex secundo decreto die schlimmste Folge war, welche man sich durch Unterlassung der nöthigen Reparaturen und der Cautionsbestellung zuziehen konnte, und daß man ebenso durch Aufgeben der belasteten Mauer sich gegen die dingliche Klage auf Reparatur schützen konnte. Im Gegentheil weist der erhebliche Unterschied, daß in dem einen Falle meistens das ganze Gebäude verloren ging[m]), im andern aber nur die eine Mauer oder Säule derelinquirt wurde, auf einen ganz andern Entstehungsgrund unsers Satzes hin.

Diesen nun, welcher, wie man seither meines Wissens übersehen hat, noch in einem andern ähnlichen Falle eine ähnliche Entscheidung herbeigeführt hat, möchte ich in Folgendem finden. Ist der Mauer eines Hauses eine Servitut auferlegt, so erfüllt fast immer diese Mauer einen doppelten Zweck, nämlich einmal den ursprünglichen, daß sie das Haus des Eigenthümers trägt, oder dessen Räumlichkeit begrenzt u. s. w., sodann aber auch den durch die Servitut entstandenen, daß sie das Gebäude des Berechtigten stützt. Mauern, die bloß diesen letztern Zweck haben, werden sehr selten sein, da, wo der eine Nachbar einer solchen auf dem Gebiete des andern bedarf, er lieber durch den natürlichen und für beide Theile zweckmäßigern Weg sich helfen wird, daß er die für diese Mauer erforderlichen Strecken als Eigenthum zu erwerben sucht. Wollte nun der Servitutberechtigte eigenmächtig diese Mauer, an

l) L. 4 de damno infecto 39, 2

m) L. 15 § 11—14, l. 38 § 1 de damno infecto 39, 2.

der er im Vergleich zum Eigenthümer nur ein sekundäres und einseitiges Interesse hat, so oft er es für seine Servitut für nöthig erachtet, und nur in solcher Art, wie es für seine Servitut am vortheilhaftesten ist, ausbessern oder umbauen, so könnte dadurch das Interesse des Eigenthümers häufig am empfindlichsten gekränkt werden. Die schön bemalte Wand einer Stube, welche an einer so belasteten Mauer liegt, könnte plötzlich, weil sie baufällig ist, vom Servitutberechtigten niedergerissen werden und einer rohen Steinwand Platz machen müssen, und der Eigenthümer in solchem Falle, wenn wirklich Befürchtungen möglich waren, daß die Mauer für die Last des Nachbarhauses zu schwach sei, vergeblich Entschädigung beanspruchen. Sobald er aber selbst bauen mußte, und, was damit zusammenhängt, dem Servitutberechtigten das eigenmächtige Bauen untersagt war, konnte er vielmehr sein eigenes Interesse wahren, und dieselbe Sicherung der Wand, wenn auch vielleicht mit höhern Kosten, doch unter größerer Schonung seiner häuslichen Einrichtungen erreichen. Dazu kommt aber als zweiter Grund, daß diese servitus oneris ferendi sich in den Städten und zwischen mehreren Gebäuden gebildet haben wird, und wenn man daher mit ihr, wie das hinsichtlich der andern Servituten gilt, welche eine Vorrichtung zur Ausübung voraussetzen, die Berechtigung verband, diese Vorrichtung zu repariren, und deßhalb das an dieselbe grenzende Land zu betreten, so mußte man hier, so oft das Interesse des herrschenden Grundstücks es verlangte, dem Berechtigten den freien Eintritt in das fremde Haus gestatten. Das aber widersprach den römischen Sitten und der römischen Denkart ganz und gar, ja es würde dadurch der wichtigste Vortheil des eigenen Hauses gefährdet, die Heiligkeit des Heerdes und der Penetralien bedroht gewesen sein, und wie der Gläubiger nicht einmal dort eindringen konnte, um vor Gericht zu laden[a]), so konnte noch weniger gestattet werden, daß der Nachbar mit allen erforderlichen Gehülfen vielleicht in die entferntesten und heimlichsten Gemächer des Hauses eindringe. Dieser Grund hat darum auch

a) L. 18 de in jus vocando 2, 4 *Gaius:* Plerique putaverunt, nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, cumque, qui inde in ius vocaret, vim inferre videri.

für die Fälle, wo die belastete Mauer oder Säule nur und allein dem Zwecke des herrschenden Gebäudes diente, dieselbe Bedeutung.

Das Charakteristische dieser Anomalie bei der servitus oneris ferendi finde ich daher auch zunächst in dem Verbote der Vornahme eigenmächtiger Reparatur Seitens des Servitutberechtigten, das sich übrigens so von selbst verstand, daß es in den uns im Corpus Juris überlieferten Stellen nicht einmal angedeutet ist; — ein Römer konnte das nicht von einem andern begehren, es brauchte daher nicht besprochen zu werden. Sollte nun die Servitut nicht etwas rein vorübergehendes sein, sollte sie, wie dieses ihre Natur verlangt, auf einem dauernden Verhältniß beruhen, so war das einzige Hülfsmittel die Uebernahme der Baulast Seitens des Eigenthümers. Weigerte er sich derselben, so hatte das für den Berechtigten vorkommenden Falls denselben Erfolg, als ob er die ganze Servitut in Abrede stelle, es war sein dingliches Recht in seiner Existenz bedroht und zwar durch einen Umstand, dem nur der Eigenthümer abhelfen konnte und abhelfen mußte, und daher war es naturgemäß, daß, sobald einmal die Doctrin zu jenem Resultat gelangt war, auch die Praxis die dingliche Klage, als die allein dem Servitutberechtigten zustehende, auf Vornahme der Reparatur zuließ. Dagegen aber war kein Grund vorhanden, dem Eigenthümer auch Arbeiten, die auf dem herrschenden Grundstück selbst vorgenommen werden konnten und sein Interesse nie berührten, mit aufzubürden, und so wird denn auch namentlich bestimmt ausgesprochen, daß die Stützen, die für das herrschende Gebäude während des Baus erforderlich waren, von dem Berechtigten selbst angebracht werden müßten[o]).

Die Anerkennung dieses Satzes brach sich erst langsam Bahn; Gallus konnte sie noch verweigern, aber das Bedürfniß forderte wohl öfter derartige Servituten, und dieser fehlte, bis man jenen Satz zugab, das nöthige Requisit der perpetua causa. Die so aus Rücksicht auf das praktische Bedürfniß im Rechtssystem entstandene Singularität suchten die Juristen durch Scheingründe zu entfernen; es regte sich, um mit Ihering[p]) zu reden, „der moralische Widerwille der Römer gegen eine Uebertretung oder Nichtachtung der

o) L. 8 pr. si serv. vind. 8, 5.

p) Geist des römischen Rechts. Thl I. S. 307.

einmal anerkannten Prinzipien" und so erklärt Labeo, um nur nicht zuzugestehen, daß hier doch durch eine Servitut dem Eigenthümer Verpflichtungen zu einem Handeln auferlegt würden: *hanc servitutem non hominem debere, sed rem* — ein Ausspruch, der mit dem Streben der römischen Juristen, auf dem Servitutengebiete Allegorieen anzuwenden, zusammenhängt, und, wenn man ihn auch in andern Verhältnissen anwenden wollte, zu großen Verirrungen führen kann.

Da es nun aber wohl Fälle geben kann, wo der Eigenthümer es dem Servitutberechtigten gerne erlaubt, daß er selbst restaurirt, ja für ihn, da er an der fraglichen Wand oder Säule gar kein Interesse hat, die Restauration auf eigene Kosten nur eine drückende Last sein kann, so ist ihm nachgelassen, sich durch Dereliction der belasteten Mauer davon frei zu machen[q]); dadurch giebt er sie dem Berechtigten preis, und wälzt die Reparaturlast auf diesen. Liegt sie nun so, daß letzterer sie nicht restauriren kann, ohne daß er des Nachbars Grund und Boden betritt, so muß ihm auch dieses erlaubt werden, wenn es freilich auch in keiner der hiervon redenden Stellen ausgesprochen wird. Allein ohne dieses hat die bloße Dereliction des Eigenthümers für den Berechtigten keinen Werth; es könnte seiner Servitut noch immer nachträglich die perpetua causa geraubt werden und der Eigenthümer in solchem Falle einseitig die Ausübung der Servitut unmöglich machen. — Daß die dingliche Klage auf Reparatur der belasteten Mauer, falls das dienende Grundstück im Miteigenthume mehrerer steht, nicht gegen einen einzelnen derselben allein gerichtet sein kann[r]), sondern gegen alle zusammen, ist eine nothwendige Folge des Satzes, daß ein Miteigenthümer allein nicht ohne Zustimmung der andern über die Substanz der Sache verfügen und bauliche Veränderungen vornehmen kann, die Verurtheilung eines einzigen daher keine Folge haben würde[s]). Denn wenn auch, im Falle eine Reparatur nöthig ist, ein einzelner Miteigenthümer als Negotiorum Gestor für alle dieselbe vornehmen könnte und die dadurch entstandenen Kosten von allen andern im Verhältniß ihrer Theile einfordern dürfte, ja selbst solche Forderung wegen Reparatur

---

q) L. 6 § 2 si serv. vind.

r) L. 6 § 4 daselbst.

s) L. 28 comm. dividundo 10, 3.

gemeinsamer Gebäude noch sogar mit besondern Privilegien verbunden ist[t]), so ist es doch immer nur eine Befugniß, nicht eine Pflicht des Einzelnen, und das Recht muß es vermeiden, ihn durch Abweichung von der Grundregel über Miteigenthum zur Erfüllung fremder Verpflichtung und Uebernahme von Obligationsverhältnissen mit dritten zu nöthigen[u]).

Ich habe vorhin am Anfange dieser Erörterung gesagt, daß diese Vorschriften, wodurch der Eigenthümer der dienenden Sache zu positiven Handlungen in Folge der Servitut genöthigt würden, nicht so ganz allein ständen, sondern noch eine andere Entscheidung vorkäme, wo eine dingliche Klage auf Vornahme solcher Handlungen gegeben wird. Pomponius sagt nämlich in l. 19 § 1 de usufr. 7, 1: Wenn der Wind Bäume umgerissen hat, und der Eigenthümer holt diese nicht ab, so daß dadurch der Usufruct oder die Wegeservitut in eine ungünstigere Lage gelangen, so kann der Berechtigte deßhalb Klage gegen den Eigenthümer erheben (suis actionibus experiendum). Wie diese Schlußworte ausdrücklich sagen, ist die Klage die gewöhnliche dingliche Servitutenklage, indem dem Berechtigten keine andere gegen den Eigenthümer zusteht, und er doch mit „seiner Klage" auftreten soll. Sie nöthigt aber hier den Eigenthümer ebenfalls zur Vornahme eines Actes, der für den Berechtigten lediglich den Charakter einer Reparatur hat, und der er doch nicht, ohne sich dem Eigenthümer oder dritten verantwortlich zu machen oder selbst in Schaden zu kommen, vornehmen darf. Solche durch den Wind ausgerissene Bäume nämlich dürfen nur selten unter bestimmten Voraussetzungen von dem Usufructuar verwandt werden[v]) und verbleiben der Regel nach dem Eigenthümer des Grund und Bodens, wie das, wenn nur eine Wegeservitut bestellt ist, natürlich immer der Fall ist. Wollte daher der Servitutberechtigte diesen

t) L. 52 § 10 pro socio 17, 2; l. 4 C. de aedif. priv. 8, 10.

u) In wie weit der Innehaber einer servitus oneris ferendi sich mit einer operis novi nuntiatio schützen kann, damit nicht bei Veränderungen der belasteten Mauer seine Interessen verletzt werden, wird besser später zu behandeln sein.

v) L. 12 pr. de usufr. 7, 1.

Baum, der ihm den Weg versperrt oder erschwert, oder der ihm den Boden so drückt und beschattet, daß nichts darauf wächst, durch Feuer u. s. w. vernichten, so würde er sich der Entschädigungsklage des Eigenthümers aussetzen; wollte er ihn aber nur fortschaffen, so würde er schwerlich einen andern geeigneten Lagerungsplatz für ihn finden, als auf seinem eigenen Grund und Boden, wodurch er also selbst nur wieder Nachtheil litte. Denn wenn er ihn auf öffentliche Plätze legt, setzt er sich der Anstellung der zum Schutze derselben gegebenen Interdicte aus, legt er ihn auf Grundstücke dritter, ebenfalls Entschädigungsklagen, und selbst wenn er ihn auf Grundstücke des Eigenthümers der dienenden Sache transportirt, kann er wegen dadurch entstehenden Schadens oder wegen unbefugten Betretens des fremden nicht mit Servituten belasteten Bodens mit Injurienklagen möglicher Weise belangt werden. Selbst Ersatz der Transportkosten an den Eigenthümer, wenn dieser sich später den Baum von einem entfernteren Orte abholen müßte, könnte unter Umständen von ihm gefordert werden. Deßhalb kommt ihm das Recht ebenso, wie dem Innehaber einer servitus oneris ferendi zu Hülfe, und nöthigt den Eigenthümer, zu dessen Gunsten jener in der Reparatur so beschränkt ist, diese vorzunehmen und dieses sein Eigenthum selbst fortzuschaffen. Daß diesem aber auch wieder frei steht, sich von dieser Verpflichtung durch Aufgeben des Vortheils, welcher die Veranlassung zu dieser Anomalie gegeben hat, frei zu machen, geht nicht nur aus der Analogie mit der servitus oneris ferendi hervor, sondern weiter auch aus der Aehnlichkeit dieses Falls mit einem andern, der von Ulpian in l. 2 § 40 ne quid in loco publico 43, 8 entschieden wird. Es ist dort die Rede davon, daß ein Baum von einem Privatgrundstück aus auf den öffentlichen Weg gestürzt ist. Erklärt der Eigenthümer des Baumes dann, daß er denselben derelinquire, so hat das Interdict ne quid in loco publico ihm gegenüber keinen Erfolg. Daß in dem vorliegenden Fall der l. 19 § 1, wenn das Eigenthum an der herrschenden Sache mehreren zusteht, auch gegen diese mehreren insgesammt geklagt werden muß, und daß etwaige Vorsichtsmaßregeln, die bei Fortschaffung des Baumes zum Schutz der Interessen des Servitutberechtigten nöthig sind, von diesem selbst getroffen werden müssen, ist eine aus dem Vorhergehenden wohl genügend gerechtfertigte Folgerung.

Diesen gleichen Bestimmungen über die Baupflicht bei der servitus oneris ferendi und über das Fortschaffen eines gestürzten Baumes bei Servituten, die kein Recht auf diesen Baum verleihen, und deren Ausübung doch durch denselben beeinträchtigt wird, möchte wohl ein höheres gemeinsames Princip zu Grunde liegen, das vielleicht einer Anwendung auch auf andere Fälle fähig ist, und dahin zu fassen wäre: Wird die Ausübung einer Servitut ohne Schuld des Servitutberechtigten durch ein factisches Hinderniß erschwert oder unmöglich gemacht, und ist die Beseitigung dieses Hindernisses Seitens des Servitutberechtigten nur darum durch rechtliche Vorschriften vereitelt oder unverhältnißmäßig erschwert, damit Interessen des Eigenthümers der dienenden Sachen nicht verletzt werden, die, wenn dieser selbst das Hinderniß beseitigt, unbeschädigt bleiben; so kann derselbe vermittelst der Servitutenklage zur Vornahme solcher Handlungen genöthigt werden, durch welche die regelmäßige Ausübung der Servitut wieder möglich gemacht wird[w]).

§. 7.

Fortsetzung. Beschränkung des Eigenthümers.

Für das Verhältniß des Eigenthümers zu den an seiner Sache errichteten Servituten haben wir, um die seitherigen Er-

---

w) Ein unserm Rechtsleben entnommenes Beispiel, in welchem sich diese Regel anwendbar erweist, möchte folgendes sein: Jemand hat an einem Walde eine Weidegerechtigkeit erworben, jedoch mit der Beschränkung, daß sie da nicht geübt werden soll, wo wegen neuer Anpflanzungen eine „Schonung" eintritt. Um anzuzeigen, daß ein solches Verhältniß stattfindet, pflegt man sich eigener Strohzeichen zu bedienen, und diese sind durch eine lokale Rechtssitte mit einem ganz besondern Schutze versehen, indem sie nur der, welcher sie aufgestellt hat, auch wegnehmen darf und jede Verletzung durch einen andern als Forstcontravention bestraft wird; ebenso wird das Hüthen auf einem mit derartigen Zeichen umgrenzten Waldstück sofort als Waldfrevel bestraft. Glaubt nun der Servitutberechtigte, daß die Schonung unverhältnißmäßig lange fortgesetzt und dadurch sein Interesse gegen die lex servitutis verletzt wird, so kann er nur gegen den Eigenthümer auf Wegnahme der Strohzeichen und also auf Vornahme einer positiven Handlung klagen.

gebnisse nach dieser Seite hin kurz zusammenzufassen, folgende Sätze gefunden:

1) Der Eigenthümer muß die Ausübung der Servitut dulden.
2) Er darf, auch wenn er in Folge seines Eigenthums dazu befugt ist, doch keine Handlung vornehmen, mit welcher die Ausübung der Servitut Seitens des Berechtigten unvereinbar ist.
3) Zur Vornahme positiver Handlungen kann er, von wenigen Ausnahmsfällen abgesehen, durch Servituten, welche seiner Sache aufliegen, nicht verpflichtet werden.

In Beziehung auf den ersten dieser Sätze wird es spätern Ausführungen überlassen werden müssen, wie weit die Servitutberechtigung und dem entsprechend die Verpflichtung des Eigenthümers zur Duldung der fraglichen Handlungen in den einzelnen Fällen geht, und kann hier nur auf den allgemeinen Satz verwiesen werden, daß der Inhalt der Servitut aus der lex servitutis, d. h. dem bei Constituirung der Servitut ausgesprochenen Willen der Constituenten in seiner wahren Bedeutung und Consequenz bemessen werden muß. Ebenso werden auch die einzelnen Handlungen, welche er als mit der Servitut unvereinbar nach der zweiten Regel nicht vornehmen darf, in jedem Falle verschieden sein, und erst aus den jedesmaligen Umständen erkannt werden können[a]). Hier möge nur die Bemerkung Platz finden, daß der Eigenthümer auch solche Handlungen nicht vornehmen darf, die zwar augenblicklich die Servitut nicht berühren, aber deren Ausübung in Zukunft Gefahr bringen können, wie

a) L. 6 C. de serv. 3, 34. Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet, quum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria propagari. Aus den vom Kaiser **Klaudius** hier gebrauchten Gründen hat man allgemeine Folgerungen für die Mitbenutzung der als Servitut verliehenen Befugniß Seitens des Eigenthümers ziehen wollen, namentlich für Wasser- und auch wohl Weidegerechtigkeiten, übersieht aber dabei, wie hier der Nachdruck auf „contra statutam consuetudinis formam" ruht und also von der einseitigen Ausschließung des seither in der Mitbenutzung gewesenen Eigenthümers die Rede ist. Vgl. **Gesterding**. Nachforschungen Bd. VI. Abth. I. S. 77.

denn Pomponius in l. 11 pr. Comm. praed. 8, 4 sagt, der Eigenthümer dürfe, wenn eine Wasserleitungsservitut auf seinem Grundstück hafte, den Platz unmittelbar neben der Wasserleitung oder, falls sie unter der Erde geführt werde, den Ort über derselben nicht religios machen; der Grund dafür ist, daß dann der Berechtigte den Ort nicht mehr betreten dürfte, um nöthige Reparaturen vorzunehmen, wozu er doch vermöge seiner Servitut befugt ist. Während also zur Zeit, so lange die Wasserleitung in gutem Stand ist, die Servitut durch das Religioswerden des anliegenden Grundstücks nicht beeinträchtigt würde, so ist doch vorgebeugt, daß nicht vielleicht später die Ausübung derselben durch einen zur Zeit unverfänglich erscheinenden Act gefährdet werde.

Jede Handlung, durch welche der Eigenthümer die Ausübung der Servitut verletzt, ermächtigt den Berechtigten zur Anstellung der zum Schutz der Servituten gegebenen dinglichen Klagen oder der possessorischen Rechtsmittel; außerdem aber kann jener wegen doloser oder culposer Beschädigung der belasteten körperlichen Sache, wenn und soweit dadurch die Servitut beeinträchtigt, also die fingirte unkörperliche Sache beschädigt wird, von dem Servitutberechtigten mit einer der Aquilischen nachgebildeten Klage belangt werden[b]), ferner, wenn er die belastete Sache unterschlägt und damit also einen Diebstahl an der unkörperlichen Sache begeht, mit der actio furti[c]). Während man nun aber annehmen sollte, daß er für Schäden der dienenden Sache und für Verletzungen, welche der Servitutberechtigte in Folge derselben erleidet, nicht einzustehen brauche, vielmehr Eigenthümer und Servitutberechtigter selbständig und unmittelbar der Sache gegenüber ständen, und jeden Schaden, den sie veranlaßt, allein tragen müßten, so finden wir dennoch in den Quellen die bestimmtesten Aussprüche, welche dem Usufructuar eines Sklaven wegen jeder Beschädigung, die er durch dessen Schuld erleidet, eine Klage gegen den Eigenthümer ebenso zusprechen, als ob er gar kein Recht an dem beschädigenden Sklaven habe. So sagt Pomponius in l. 18 de nox. act. 9, 4:

Is, qui usumfructum in servo habet, perinde cum domino

b) L. 12 ad leg. Aquil. 9, 2.

c) L. 15 § 1 de furtis 47, 2.

habet actionem furti, atque si quilibet alius esset, sed cum eo non est, quamvis serviat ei; et ideo dominus damnatus fructuario noxae dedens liberabitur[d]).

Wie hier dem Usufructuar die actio furti als Noxalklage gegen den Herrn zugestanden wird, so in l. 17 § 9 de injur. 47, 10 die actio injuriarum und in l. 14 § 3 de servo corrupto 11, 3 die actio de servo corrupto. Der Grund hiervon wird in der eigenthümlichen Bedeutung der Noxalklage zu suchen sein. Trotz ihres hohen Alters harmonirte sie von vorne herein wenig mit dem sonst hinsichtlich der Sklaven geltendem Recht, das diese den andern Sachen durchaus gleichstellte, sondern war vielmehr ein Resultat der Politik und der unabweislichen Beobachtung, daß die Sklaven mit Verstand begabte Wesen sein und als solche jeden andern in verschiedenster Weise beschädigen und dadurch dessen Rechtsgefühl verletzen könnten, daß es demnach nicht nur Mittel geben müsse, um die Sklaven von solchen Beschädigungen abzuhalten, sondern auch, um sich nachher Recht und Sühne an ihnen zu schaffen. Darum wurden diese Klagen nicht allein gegeben, um durch die Androhung eines Vermögensnachtheils den Herrn zu nöthigen, daß er die Sklaven in Zucht halte, sondern ihr nächster Zweck war, den Herrn zu veranlassen, daß er den Delinquenten demjenigen übergebe, welcher durch ihn verletzt war, damit dieser Rache an ihn nehme, und nur dadurch konnte der Sklave dagegen geschützt werden, daß, wie das auch bei Delicten freier Personen möglich war, dieses mit Geld gesühnt, und je nach dem Falle, eine Geldstrafe oder eine Entschädigung gezahlt wurde[e]). Um sich so an den Sklaven rächen zu können, bedurfte auch der Usufructuar der Noxalklage; denn wenn er ohne diese auch ein Züchtigungsrecht über den Sklaven hatte[f]), so war er doch in der Wahl der Strafen beschränkt[g]), und mußte immer darauf Rücksicht nehmen, daß er den Sklaven nicht verschlechtere, das Interesse des Eigenthümers nicht verletze. Er war nicht Herr über Leben und Tod, und deßhalb gab ihm das Recht, so oft er verletzt war, die

d) Vgl. l. 43 § 12 de furtis 47, 2.

e) Vgl. Jhering, Geist des Röm. Rechts. 1852. Bd. I. § 11.

f) L. 17 § 1 de usufr. 7, 1.

g) Paul. Rec. Sent. III, 6. § 23; Vat. fragm. §. 72; l. 23 § 1 de usufr. 7, 1.

Noxalklage, um, wenn der Herr des Sklaven That durch Geld nicht sühnte, sich auf andere Weise selbst diese Sühne zu verschaffen. Diese Verletzung darf aber, wenn es auch nirgends gesagt wird, nicht allein aus einem kleinen Versehen, wie es jeder Sklave begehen kann, hervorgegangen sein; sie muß nicht zu einem der regelmäßigen Nachtheile jeder Sklavenarbeit gehören, denn um solche abzuwenden und sich dafür Genugthuung zu verschaffen, hat der Usufructuar sein Züchtigungsrecht, und dann wäre auch jeder Usufruct eines Sklaven die gefährlichste Sache für den Herrn, da sich gar leicht eine Menge von Beschädigungen, die durch den Sklaven entstanden sind, würden zusammenbringen lassen. Die Noxalklage war, wie auch die gewählten Beispiele lehren, nur für schwerere und durch Arglist oder größere Excesse herbeigeführte Beschädigungen zulässig, wie beim Diebstahl, Verführung eines Sklaven u. s. w.

Diese Sätze werden, wenn auch die angeführten Gründe nicht gerade unmittelbar anwendbar sind, auch bei den unnatürlichen Beschädigungen eines im Usufruct stehenden Thiers analog angewendet werden müssen, da dieser Fall ganz homogen dem, wo ein Sklave beschädigt hat, ausgebildet zu sein scheint.

Der Eigenthümer ist in der Ausübung seines Eigenthums nur so weit gehindert, als die Servitut dadurch verletzt wird; jede andere Handlung kann er nach wie vor unbeschränkt ausüben, und jeden Nutzen aus denjenigen Eigenschaften der Sache ziehen, welche nicht aus ihr ausgeschieden und dem Servitutberechtigten übertragen sind, und daher bleiben ihm selbst bei den weitgreifensten Servituten meistens noch einzelne Befugnisse, aus denen er Vortheil zu ziehen vermag; so haben wir beiläufig schon ein Beispiel erwähnt, wo trotz der Bestellung des so umfangreichen Niesbrauchs dem Eigenthümer dennoch Nutzungen aus der Sache werden können; wir sahen, daß ihm, wenn nichts anders verabredet ist, das Fallholz zufalle. **Ulpian** faßt derartige Fälle in l. 25 § 3 de usufr. 7, 1 in die Regel zusammen:

> Questionis est, an id, quod acquiri fructuario non potest, proprietario acquiratur? Et Julianus quidem libro trigesimo quinto Digestorum scripsit, quod fructuario acquiri non potest, proprietario quaeri.

Die Befugnisse, welche dem Eigenthümer nach der Servitutbestellung verblieben sind, kann er nun auch noch zum Gegenstande weiterer Servituten machen und so seine Sache successiv durch Veräußerung mehrerer Eigenschaften verkleinern[h]), ja er kann auch, wie aus den früher gefundenen Resultaten hervorgeht, ein und dieselbe Servitut mitunter an mehrere verleihen, so namentlich immer bei negativen Servituten, ferner auch bei solchen andern Servituten, welche ebenfalls eine Befugniß ertheilen, die ihrem Charakter nach von mehreren geübt werden kann; allein hier tritt schon die Beschränkung ein, welche die Natur der Sache dadurch auferlegt, daß nur eine bestimmte Anzahl die Befugniß zur Zeit ausüben kann. Wenn daher auch an ein und demselben Grundstück, und an ein und demselben Wege mehreren oder vielen eine Wegerechtigkeit bestellt werden kann[i]), so geht doch jede später bestellte nur so weit, als der Eigenthümer noch über die zu Grunde liegende Eigenschaft disponiren konnte, und deßhalb kann der ältere Berechtigte fordern, daß der spätere ihm ausweiche u. s. w. Mehrere Wasserleitungsservituten können ebenfalls neben einander bestehen[k]), indem die eine z. B. nur das Recht auf Wasserleitung während bestimmter Zeiten verleiht[l]), oder indem so viel Wasser vorhanden ist, daß dasselbe vom Berechtigten nicht ganz zum Vortheil seines herrschenden Grundstücks verwendet werden kann[m]). Ist ferner ein Ususfruct verliehen, so kann daneben nicht eine andere Servitut bestellt werden, wodurch die gehörige Benutzung und der Fruchtbezug erschwert wird; wohl aber können auch hier die dem Eigenthümer noch gebliebenen Befugnisse Inhalt von Servituten werden. So kann der Bezug des Fallholzes, welches dem Usufructuar nicht zusteht, Gegenstand einer Servitut werden, oder, da der Usufructuar keinerlei Veränderungen an der Substanz der Sache vornehmen und also ein im Usufruct stehendes Haus nicht ohne Zustimmung des Eigenthümers höher bauen darf, kann dieser jeder Zeit dem Hause die servitus altius

h) L. 15 comm. praed. 8, 4.

i) L. 15 comm. praed. 8, 4; l. 4 de aqua quot. 43, 20.

k) L. 4 de aqua quot.

l) L. 2 § 1 de S. P. R. 8, 3.

m) Daselbst § 2.

non tollendi anflegen[n]). Ferner versteht sich, daß bestehende andere Servituten nicht die Auflage eines Usufructs verhindern, und daß dann der Usufructuar nur so weit die Sache benutzen und Früchte aus derselben ziehen kann, als nicht die Ausübung der Servitut dadurch behindert wird[o]).

Welche Servituten mit einander unverträglich sind, ist eine Frage, für die sich außer dem oben Gesagten nur wenig allgemeine Regeln aufstellen lassen, und die nach den jedesmaligen factischen Verhältnissen beurtheilt werden muß. Einzelne Entscheidungen finden sich in den Quellen, so, daß auf demselben Orte, wo eine Wegegerechtigkeit besteht, keine Wasserleitungsservitut bestellt werden kann[p]), wohl aber zwei Wasserleitungen an demselben Orte übereinander bestehen können[q]), — Entscheidungen, die mit römischen Sitten und Einrichtungen zusammenhängen und der Modification unter andern factischen Verhältnissen fähig sind. Es wird erst an einem andern Orte näher darüber gesprochen werden können, ob solche Servituten, welche die Ausübung schon bestehender erschweren oder unvortheilhafter machen mit Zustimmung des Innehabers der letztern vom Eigenthümer errichtet werden können, hier müssen wir nur auf eine singulaire Bestimmung hinsichtlich der Wasserleitungsservituten aufmerksam machen, indem zur Constituirung derselben immer auch die Zustimmung derer erfordert wird, welche schon durch eine Servitut zur Benutzung des Wassers berechtigt sind. Dieses Gebot wird in l. 8 de aq. et aq. quot. 39, 3 von Ulpian und in l. 4 C. de servitut. 3, 34 vom Kaiser Alexander in solcher Allgemeinheit vorgetragen, und sich im letztern Gesetze dafür auf eine positive Rechtsquelle, auf das prätorische Edict, berufen, weßhalb nicht zu zweifeln ist, daß hier eine Regel überliefert wird, die nicht schon aus der Consequenz hervorgeht, sondern etwas enthält, das von den allgemeinen Grundsätzen abweicht. Das kann aber eben nur sein, daß die Zustimmung des Servitutberechtigten bei allen neuen Wasserleitungen erforderlich ist, ohne Rücksicht darauf, ob

n) L. 16 de usufr. 7, 1.

o) L. 27 § 4 de usufr.

p) L. 14 de S. P. R. 8, 3; l. 11 de aqua et aq. pluv. 39, 3.

q) L. 3 § 6 de aq. quot. et aest. 43, 20.

derselbe dadurch in seinem Rechte verletzt wird oder nicht. Ulpian begründet freilich diese Regel durch die Worte: nec immerito, quum enim minuitur jus eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant, — allein dieser Grund scheint bei der sonstigen allgemeinen Fassung dieser Stellen mehr den Gesetzgeber rechtfertigen zu sollen, und bedeutet demnach, daß gewöhnlich das Interesse der andern Berechtigten im Spiele und darum zur Abschneidung schwieriger und verwickelter Beweise ein für alle Mal die allgemeine Vorschrift gegeben werde; nicht aber soll es ein Criterium für den Richter sein und nur da Zustimmung gefordert werden, wo das Recht vermindert wird.

So wenig zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten eine Communion besteht, indem ihre Rechte ja an ganz verschiedenen Objecten bestehen, so wenig bildet sich eine solche, wenn mehrere Servituten verschiedener oder auch einer Art an derselben Sache bestellt sind[r]), wie solches auch von Paulus in l. 19 § 2 comm. divid. 10, 3[s]) anerkannt ist. Gleichwohl aber hat das römische Recht der Zweckmäßigkeit die Concession machen zu müssen geglaubt, daß da, wo zwischen verschiedenen Berechtigten über die Ausübung ihrer Servituten an ein und derselben Sache Irrungen und Zwistigkeiten entstehen, ein utile judicium communi dividundo zwischen denselben erhoben werden kann[t]). Hätten sie nämlich in solchem Falle nur ihre verschiedenen confessorischen Klagen, so würde der Richter bei Zwistigkeiten unter ihnen immer nur die Servitut, wie sie constituirt war, anerkennen und etwa wegen geschehener Beschädigungen verurtheilen können, er würde aber, wenn bei Constituirung der verschiedenen Servituten nicht gehörig Vorsorge für Vermeidung solcher Conflicte getroffen, und namentlich nicht die Art und Weise der

r) Wenn Mehreren ein Ususfruct an derselben Sache zu ideellen Theilen zusteht, so wird allerdings ein communionsartiges Verhältniß hergestellt; doch beruht es auf der dem Ususfruct eigenthümlichen Theilbarkeit, und lassen wir es daher hier einstweilen außer Acht.

s) Si per eundem locum via nobis debeatur, et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius, communi dividundo, vel pro socio agi posse; quae enim communio juris separatim intelligi potest? Sed negotiorum gestorum agendum.

t) L. 4 de aqua et aq. quot. 43, 20.

Benutzung gehörig fixirt war, kein Mittel haben, den ewigen Streitigkeiten durch durchgreifende Anordnungen ein Ziel zu setzen, was er Alles im Fall des judicium communi dividundo durch die ihm da zustehende Adjudication vermag. Doch wird eben, wie die citirte l. 19 § 2 zeigt, nur im Falle von Zwistigkeiten über die Art der Ausübung nicht bei sonstigen sich erhebenden Streitigkeiten dies judicium zuzulassen sein. Ist dasselbe aber mal angestellt, so kann der Richter auch wohl vermöge der großen ihm hier zustehenden Machtvollkommenheit die Frage ordnen, wie die für die Ausübung der Servitut nöthigen gemeinsamen Anlagen erhalten werden sollen, und wird er da, wenn in den leges servitutum nichts anders bestimmt ist, eine verhältnißmäßige Repartirung eintreten lassen müssen. Die hierher bezüglichen Stellen sprechen freilich, mit Ausnahme einer Stelle, nur von Wasserleitungsservituten; es möchte aber keinem Zweifel unterliegen, daß sie auch auf andere Verhältnisse analog anzuwenden sind. Jene andere von der Theilung eines usus handelnde Stelle[u]) wird anderswo näher zu behandeln sein.

Die besondere Begünstigung, welche in Rom der Religiosität zu Theil wurde, hat es veranlaßt, daß dem Eigenthümer einige Abweichungen von der ihm den Servituten gegenüber angewiesenen Stellung gestattet werden. Er kann nämlich ein Grundstück, auf welches Servituten lasten, nicht nur mit Zustimmung des Berechtigten durch Illation eines Todten religios machen[v]), sondern er kann auch dann, wenn nur ein Theil des Grundstücks von der Religiosität ergriffen werden soll, selbst gegen den Willen des Berechtigten diesen Theil religios machen, vorausgesetzt, daß die Servitut an dem übrig bleibenden Grundstück eben so bequem und erfolgreich (non minus commode) geübt werden kann[w]). Ebenso soll der Erbe, wenn der Erblasser **alle** seine Grundstücke durch Legat mit Servituten beschwert hat, auf einem dieser Grundstücke nach eigener Auswahl den Erblasser begraben, auch wenn dadurch eine vom Testator errichtete Servitut beeinträchtigt wird. Nur muß er hier den betreffenden Servitutberechtigten entschädigen[x]). In diesen Fällen kann also der

u) L. 10 § 1 comm. divid. 10, 3.

v) L. 17 pr. de usufr. 7, 1.

w) L. 2 § 8 de relig. 11, 7.

x) L. 17 pr. de usufr. 7, 1; l. 2 § 7, l. 46 pr. de relig. 11, 7.

Eigenthümer einseitig die Servitut ganz oder theilweise aufheben, oder die dienende Sache verkleinern, und ist diese Anomalie, welche mit allen andern im Servitutenrecht geltenden Sätzen in Widerspruch steht, lediglich aus den eigenthümlichen römischen Religionsansichten über den Werth des Begräbnisses zu erklären[y]).

Dagegen greift nicht sowohl den Bestand der Servitut, als vielmehr nur die Freiheit in der Benutzung derselben eine andere Anomalie an, die zu Gunsten des öffentlichen Nutzens eingeführt ist, und ebenfalls mit dem Begräbniß zusammenhängt. Die l. 43 de relig. 11, 7 bestimmt nämlich, daß auch dann, wenn ein Ususfruct an dem ganzen Grundstück bestellt ist, und daher der Eigenthümer dem strengen Rechte nach nichts vornehmen darf, wodurch der Fruchtgenuß auch nur für einen Theil des Grundstücks unmöglich wird, derselbe doch einen Todten an dem Orte inferiren darf, und falls der Usufructuar dies verhindern will, solches mit dem interdictum de mortuo inferendo durchsetzen kann. Er macht jedoch den Ort dadurch nicht zu einem locus religiosus, ja er erhält nur das Recht zu einem vorläufigen Deponiren der Leiche, wie solches in der l. 40 de relig. 11, 7 entgegengesetzt wird dem *sepelire*, wodurch ein dauerndes unverletzliches Begräbniß hergestellt wird. Der Grund jener Vorschrift ist, wie unsere l. 43 auch sagt, der öffentliche Nutzen, damit nicht unbeerdigte Leichen umherliegen. Es will diese Bestimmung also nur eine Hülfe gegen augenblickliche Verlegenheit schaffen; sobald diese gehoben ist, lebt das Recht des Servitutberechtigten wieder auf, und er kann daher mit seiner vindicatio servitutis Herstellung seiner verletzten Servitut fordern und also nach Analogie der in l. 2 § 1 de relig. 11, 7 erwähnten actio in factum einmal Fortschaffung des Leichnams an einen andern Ort und dann Entschädigung für den ihm erwachsenen Schaden. Das Anomale dieses Verhältnisses ist demnach allein darin zu suchen, daß eine Klage, das interdictum de mortuo inferendo, gegeben wird, um eine Handlung durchzusetzen, durch welche ein fremdes Recht geradezu verletzt wird. Diese bei einer Rechtsverletzung gewährte Rechtshülfe befreit aber den Eigenthümer nicht von der Entschädigungspflicht.

---

y) Weiter ausgeführt habe ich dieses in meiner Dissertation: **De rebus religiosis. Goettingae 1851.** S. 26 u. f.

Schließlich möge noch erwähnt werden, daß dem Eigenthümer neben den Lasten, welche die Servitut seiner Sache auferlegt, auch Vortheile aus derselben erwachsen können, indem er z. B. die für Ausübung der Servituten nöthigen auf seinem Grundstück gebauten Vorrichtungen zu seinen Zwecken benutzt. Wenn daraus für die Servitutberechtigten keinerlei Nachtheil entsteht, werden sie ihm solches nicht untersagen können, da das Eigenthum jener Vorrichtungen, sobald sie mit dem Boden verbunden sind, ihm zufällt und er daher kraft seines Eigenthums handelt. Freilich sagen Pomponius und Paulus in l. 2 de rivis 43, 21 gegen eine Ansicht des Labeo, der Eigenthümer eines Grundstücks, über welches eine offene Wasserleitung gehe, tränke das Vieh aus derselben nicht aus einem Rechtsgrunde, sondern nur, weil es die Gelegenheit so böte (quia id domino magis ex occasione, quam ex jure contingeret). Allein sie wollen damit nur sagen, daß der Eigenthümer den Servitutberechtigten gegenüber kein Recht habe, darauf zu bestehen, daß die Anlagen in der Weise bleiben, daß auch er dieselben benutzen könne, und sie vindiciren den Servitutinnehabern das Recht, daran alle Aenderungen zu treffen, die in ihrem Interesse liegen, wie z. B. geschlossene Röhren statt der offenen zu legen, immer stillschweigend vorausgesetzt, daß dadurch der Charakter der Servitut nicht verändert und die dienende Sache nicht mehr belastet wird. Es kann aber nach jener Stelle auch bei Constituirung der Servitut dem Eigenthümer ausdrücklich ein Recht auf Mitbenutzung der Anstalten vorbehalten sein, und darf dann keinerlei Aenderung geschehen, die ihm die Ausübung seines Rechts erschwert, und ferner kann nach l. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3 auch später durch Uebereinkommen aller Interessenten ein derartiges Verhältniß hergestellt werden, was aber dann nur die Contrahenten und deren Erben binden wird.

§. 8.

Verhältniß der Servituten gegenüber von Aenderungen im Eigenthume der belasteten Sache.

Eigenthum und Servitut gewähren beide ein unmittelbares dingliches Recht an der Sache selbst und werden darum unabhängig von einander ausgeübt. Daraus folgt denn auch, daß Aenderungen,

die in der Person des Eigenthümers vorgehen, consequent keine Aenderungen in der rechtlichen Stellung der Servituten hervorbringen können[a]) (den Fall ausgenommen, wo Eigenthum und Servitutrecht auf diese Weise vereinigt werden), und daß ebenso Servituten, welche auf einer Sache lasten, nicht die freie Bewegung des Eigenthums zu hindern vermögen[b]). So hebt denn auch namentlich die Confiscation des Eigenthums (des publicare) nicht die an der confiscirten Sache haftenden Servituten auf[c]). Ferner wird ein Ususfruct, den ein Miteigenthümer für einen ideellen Theil an der gemeinsamen Sache bestellt hat, in keiner Weise dadurch berührt, daß später derselbe Miteigenthümer oder sein Nachfolger ein judicium communi dividundo erhebt; der Ususfruct bleibt an der ganzen Sache zu dem ideellen Theile bestehen und wird nicht etwa gegen den Willen des Usufructuars auf den körperlichen Theil beschränkt, welcher dem Constituenten zugesprochen wird[d]).

Zur Beantwortung der Frage, wie die noxae deditio eines Sklaven an einen Dritten gegenüber dem an den Sklaven haftenden Ususfruct wirke, müssen wir wieder daran erinnern (s. o. § 7), wie die Noxalklage die Wahl ließ, zwischen der Zahlung des bestimmten Sühn- oder Entschädigungsgeldes und der Auslieferung des Sklaven an den Beschädigten, damit dieser sich selbst Sühne schaffe. Sollte er nun in den von ihm für nöthig befundenen Maßregeln unbeschränkt sein, so war es nöthig, daß er nicht durch einen fremden Ususfruct beengt werde, den er hätte respectiren müssen, und demgemäß mußte der Eigenthümer, gegen den allein wegen Vergehungen des Sklaven

a) L. 60 de usufr. 7, 1; l. 19 quibus mod. ususfr. 7, 4; l. 12 comm. pr. 8, 4; l. 20 de acquir. rer. domin. 41, 1; l. 3 § 1 C. de usufr. 3, 33. Ob nicht auf Grund der l. 2 de usufr. legato 33, 2 die Servitut der operae servorum erlöscht, wenn der Sklave usucapirt wird, werde ich unten bei näherer Besprechung dieser Servitut behandeln.

b) L. 120 de leg. I. 30.

c) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

d) L. 31 de usu et usufr. legato 33, 2. Eine andere später zu behandelnde Frage ist, ob nicht gegen den Usufructuar in einem solchen Falle selbständig ein utile judicium communi dividundo von den andern Miteigenthümern angestellt werden könne.

geklagt werden konnte[e]), wollte er sich durch noxae deditio von der Klage frei machen, denselben frei von jedem fremden Ususfruct übertragen, und hatte er das unterlassen und einen Sklaven hingegeben, an dem noch ein solcher bestand, so konnte er, so lange dies der Fall war, auch noch ehe der Usufructuar sein Recht geltend gemacht hatte, mit der actio judicati auf Zahlung des Schadenersatzes belangt werden[f]), da die noxae deditio, die ihn davon befreien konnte, nicht gehörig geschehen war. Demnach erlosch der Ususfruct durch die bloße noxae deditio Seitens des Eigenthümers niemals ipso jure. Damit nun aber der Eigenthümer auch den Ususfruct, der doch einem andern zustand, mitübertragen konnte, half ihm der Prätor, indem er den Usufructuar nöthigte, entweder seinen Ususfruct an den Eigenthümer zu cediren, oder nach Verhältniß des Werths desselben zum Schadensersatz beizutragen. Hatte sich der Eigenthümer dafür entschieden, die Sache herauszugeben, so konnte der Usufructuar selbständig den Sklaven vertheidigen, und wenn er doch verurtheilt wurde, denselben rechtsverbindlich an den Kläger herausgeben[g]). Unterließ auch der Usufructuar die Vertheidigung und immittirte daher der Prätor den Verletzten in das bonitarische Eigenthum des Sklaven, so verlor der Usufructuar dadurch noch nicht sein civiles Recht; aber der Prätor verweigerte ihm jede Klage, und das mußte denn zum Erlöschen wegen Nichtgebrauch führen[h]).

Analog werden auch diese Sätze angewendet werden müssen, wenn Thiere, an denen ein Ususfruct besteht, Fremden wegen unnatürlicher Beschädigungen dedirt werden sollen.

Nur der kurzen Erwähnung wird es bedürfen, daß, wie aus bekannten allgemeinen Regeln folgt, eine Servitut auch dann durch

---

e) L. 18 de noxal. act. 9, 4. Wenn l. 19 § 1 eod. sagt: **Si servi, in quo ususfructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit, *verba efficiunt*, ut cum noxae deditione damnetur,** so kann daraus nicht gefolgert werden, daß da, wo der Eigenthümer die Dienste nicht gemiethet habe, er auch nicht mit der Noxalklage belangt werden könne, sondern nur, daß hier schon die Worte der 12 Tafeln die Haftpflicht desselben unzweifelhaft machten. Vgl. Bachofen, Pfandrecht I. S. 396—419.

f) L. 4 § 8 de re judicata 42, 1; l. 69 de solution. 46, 3.

g) L. 17 § 1, l. 27. pr. de noxal. act. 9, 4.

h) L. 27 pr. de noxal. act. 9, 4.

Veränderung des Eigenthums aufgehoben wird, wenn der Constituent derselben das Eigenthum der Sache nur unter einer Suspensivbedingung hatte, und nun er oder sein Nachfolger dasselbe in Folge des Eintritts dieser Bedingung verloren hat[i]).

Schwieriger ist die Frage, welche Wirkung einer Veräußerung der dienenden Sache Seitens eines Pfandgläubigers den Servituten gegenüber beizulegen ist. Ist das Pfandrecht jünger als die Servitut, so kann natürlich durch dasselbe das Rechtsverhältniß der Servitut nicht alterirt werden, und sie wird jedem Käufer gegenüber dieselbe Kraft haben[k]). Wenn dagegen das Pfandrecht älter ist als die Servitut, also die Servitut an der schon verpfändeten Sache bestellt ist, so entsteht die in den Quellen nirgends direct beantwortete und auch in unserer Literatur wenig berücksichtigte Frage, ob und wie weit diese Servituten dem Pfandgläubiger oder den Käufern des Pfandes gegenüber Anerkennung beanspruchen können. Daß zunächst der Eigenthümer zur Bestellung derselben trotz des Pfandrechts befugt ist, und daß durch die Servitutbestellung ein wahres dingliches Recht an der Sache entsteht, geht daraus mit Evidenz hervor, daß der Eigenthümer, auch wenn seine Sache verpfändet ist, sie doch veräußern und also für einen Dritten Eigenthumsrechte an derselben constituiren kann, er also noch vielmehr einzelne intellectuelle Theile der ganz in seiner Botschaft stehenden Sachen veräußern, d. h. Servituten an derselben wird constituiren können. Es ist derselbe Grund, welcher ihn ermächtigt, neben einem bestehenden Pfandrecht noch weitere völlig gültige und selbständige Pfandrechte zu bestellen, nur daß durch einen derartigen Act, abgesehen von den durch positive Gesetze eingeführten singulären Pfandprivilegien, das ältere Pfandrecht in seiner Wirksamkeit niemals gehemmt und in seinem Werthe nicht verschlechtert werden darf. Dieser Gesichtspunkt muß nun ebenfalls bei spätern Servitutbestellungen im Auge behalten werden, und deßhalb dürfen sie nicht die einzelnen Eigenschaften der verpfändeten Sache dem Pfandrecht entziehen, vielmehr wird die völlig gültig constituirte Servitut von vorneherein von dem allgemeinen Pfandrecht an der Sache mit ergriffen. Es ver-

i) L. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.
k) L. 2 C. de usufr. 3, 33.

hält sich hier ähnlich, als ob eine verpfändete Sache in körperliche Theile gespalten, und dann die einzelnen Theile an verschiedene Personen veräußert wären, oder ein Complex von Sachen, die einen Gesammtbegriff bilden, verpfändet wäre, der sich dann in seine Bestandtheile aufgelößt hätte. Hier könnte der Pfandgläubiger gegen jeden Innehaber eines solchen Theils nach freier Wahl das Pfandrecht bis zu seiner Befriedigung geltend machen[1]), und so müssen wir auch, wenn jemandem eine unbelastete Sache und also auch der Inbegriff aller ihrer Eigenschaften verpfändet ist, hernach aber eine oder mehrere Eigenschaften der Sachen abgezweigt und Dritten übertragen sind, dem Pfandgläubiger das Recht vindiciren, nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch dem Servitutberechtigten gegenüber seine Pfandansprüche geltend zu machen. Wenn nun die Analogie des eben berührten Falles fordert, daß der Gläubiger nach eigener Wahl mit der actio hypothecaria Einweisung in das Eigenthum oder in die Servitutbefugniß oder, wenn die Veräußerung des einen noch nicht zur Befriedigung hinreichen sollte, in Beides zum Zwecke des Verkaufs verlangen kann, so erleidet doch dieses Resultat eine wesentliche Modification durch die Eigenthümlichkeit einer Art der Servituten. Wie wir nämlich später weiter entwickeln werden und hier nur kurz anzudeuten brauchen, ist die größere Zahl der Servituten unveräußerlich, d. h. so eng mit dem berechtigten Subjecte oder dem Eigenthum einer andern Sache verknüpft, daß der Inhalt der Servitut, und also sie selbst, ganz anders werden würde, wenn sie auf einen andern übergehen müßte. Darum ist es unmöglich, daß der Innehaber einer persönlichen unveräußerlichen Servitut, oder bei einer Realservitut der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Servitut einem andern überlassen kann, und nur an den Innehaber der dienenden Sache ist in so fern eine Uebertragung der veräußerten Eigenschaft möglich, als der Servitutberechtigte auf die Servitut verzichten kann. Wollte daher hier die hypothekarische Klage vorher, ehe der Pfandgläubiger sich der Sache bemächtigt hat, Einweisung in die abgetrennte Befugniß, z. B. in die zu Gunsten eines bestimmten Grundstücks bestellte Wegeservitut fordern, so begehrte sie etwas juristisch Unmögliches, und deßhalb muß hier

---

1) L. 2 C. si unus ex pluribus heredibus creditoris 8, 32.

der Pfandgläubiger immer erst die körperliche Sache abholen, und dann erst kann er die Einweisung in die abgelößte Eigenschaft, d. h. Erlöschen der Servitut beanspruchen. Sind mehrere Servituten an der Sache bestellt, so hat er nach Analogie der oben besprochenen Regel nunmehr zwischen diesen verschiedenen Befugnissen die Wahl, welche er einziehen will.

Ist aber zu erwarten, daß er schon aus der Veräußerung der mit den Servituten noch belasteten Sache seine Befriedigung erlangen wird, so steht ihm eine exceptio doli entgegen, wenn er auch noch die Servitut auf Grund seines Pfandrechts revociren will. Sieht er jedoch, daß das Eigenthum allein nicht hinreicht, so kann er auch die Servitutbefugniß zu seiner Befriedigung heranziehen, und zwar wird er eine actio negatoria hypothecaria gegen den Servitutberechtigten anzustellen oder solche an den Käufer der Sache zu cediren haben; ja er, sowie der Käufer, kann auch da, wo er die zum Schutz in der Ausübung der Servituten gegebenen Interdicte nicht zu fürchten hat, und im Besitz der dienenden Sache ist, einseitig den Berechtigten an der Ausübung der Servitut hindern und wird dann der confessorischen Klage des Letztern eine exceptio hypothecae entgegenstellen können. Ist aber bei dem Verkaufe des Pfandes die Servitut nicht ausdrücklich erwähnt, und entsteht dann die Frage, ob ihr Inhalt mit veräußert und ob dadurch der betreffende Kaufpreis erzielt ist, oder ob das Eigenthum ohne diese abgezweigten Befugnisse Inhalt des Pfandverkaufs war, so muß wohl dafür vermuthet werden, daß die Servitut nicht mit veräußert ist, und also noch an der veräußerten Sache haftet.

Bleibt dem Pfandgläubiger aus dem Erlöß der Sache einschließlich der Servitutbefugniß nach seiner Befriedigung ein Ueberschuß, so wird aus diesem zunächst der nachstehende Pfandgläubiger, der ein älteres Recht als die Servitutberechtigten hat, befriedigt werden müssen; ist kein solcher vorhanden, oder bleibt dennoch ein Ueberschuß, so möchte auf denselben der Servitutberechtigte bis zum Belaufe des Werthes der Servitut den ersten Anspruch erheben können, da ja sein Recht erst angegriffen werden durfte, nachdem es sich herausgestellt hatte, daß das Eigenthum nicht hinreiche, es also auch billig erscheint, daß die Servitut nur so weit dem Berechtigten entzogen werde, als das Eigenthum nicht hinreicht, d. h. also, er

für den übrigen Theil pekuniär aus dem Erlöß entschädigt werde. Sind mehrere Servituten mitveräußert worden, so wird unter diese der Ueberschuß nach Verhältniß des Werths der veräußerten Servituten zu theilen sein, da kein anderes Prinzip entscheidet.

Einige Servituten, nämlich der Usufruct und andere ihm nachgebildeten Personalservituten können aber auch an andere Personen als an den Eigenthümer der Sache veräußert werden[m]), und deßhalb kann der Pfandgläubiger, welcher sein Pfandrecht geltend machen will, dem Usufructuar gegenüber Einweisung in die Servitut fordern, auch ohne daß er vorher den Besitz der körperlichen Sache erlangt hat. Hier hat er also ganz freie Wahl, ob er sich aus dem Eigenthum mit der rei vindicatio hypothecaria oder der Servitut mit der actio confessoria hypothecaria, beziehungsweise, wenn er die körperliche Sache schon hat, mit der actio negatoria hypothecaria Zahlung schaffen will — nur daß ihm, wenn er sich in eins dieser beiden Rechte hat einweisen lassen und daraus Befriedigung zu erwarten steht, die exceptio doli ebenfalls entgegengesetzt werden kann, wenn er das andere auch in Anspruch nimmt. Daß er aber einen Theil des Eigenthums und einen Theil des Usufructs, oder, falls mehrere veräußerliche dem Usufruct ähnliche Personalservituten an der Sache bestellt sind, von jeder einen Theil zum Zwecke der Veräußerung fordern kann, möchte unbedenklich sein, sobald eben nur aus dem Erlöß der verschiedenen Theile nicht mehr zu erwarten steht, als zur Befriedigung nöthig ist. Ein Ueberschuß würde hier nach Verhältniß des Werthes der veräußerten Befugnisse zu theilen sein.

C. L. Götting II[n]), der diese Frage in neuerer Zeit wieder besprochen hat, kommt zu einem ganz andern Resultate. Er will nämlich hier lediglich die Analogie der mehrfachen Verpfändung wirken lassen, und fordert darum überall, daß der Pfandgläubiger zunächst das Eigenthum angreife, und erst wenn dieses ihn ohne die Servitutbefugniß vermuthlich nicht befriedigen werde, auch letztere und bei mehreren zunächst die jüngere einklage und veräußere. Wie der Ueberschuß zu vertheilen sei, erwähnt er nicht.

---

m) Die Beweise dieses Satzes siehe unten im §. 27.

n) Advokat in Hildesheim, in den Annalen des Advokatenvereins zu Hannover. Neue Folge. Bd. I. 1847. S. 65—72.

Er übersieht dabei, wie es dem Wesen des Pfandrechts durchaus nicht entspricht, daß spätere Handlungen des Verpfänders dem Gläubiger vorschreiben sollen, wie und in welcher Reihenfolge er an dem ganzen ihm verpfändeten Inhalt sein Recht geltend machen soll; diese spätern Handlungen können ihn nöthigen, mehreren gegenüber sein Recht zu verfolgen, während er vorher sein Ziel durch eine einzige Klage erreichen konnte, allein dies möchte auch die einzige Folge sein, und so wenig, wie dann, wenn der Eigenthümer die verpfändete Sache in einzelnen körperlichen Theilen veräußert hat, nun etwa der Pfandgläubiger genöthigt werden kann, zunächst denen gegenüber, die zuletzt erst ein dingliches Recht an ihrem Theil erwarben, sein Recht geltend zu machen, eben so wenig darf das der Fall sein, wenn nicht körperliche Theile, sondern mit der Sache verbundene und darum mit dieser verpfändete Eigenschaften von derselben abgelößt sind.

Man könnte mir aber entgegenhalten, daß es für den Gläubiger ohne Interesse sei, ob er seine Befriedigung aus dem Eigenthume oder aus den Servitutbefugnissen erhalte, und daraus folgern wollen, daß er, da solches dem Wesen der dinglichen Rechte und der Billigkeit mehr entspreche, sich zunächst an den Eigenthümer und erst subsidiär an die abgeleiteten Rechte halten müsse. Allein wenn solche Gründe auch für den Gesetzgeber Veranlassung zum regelnden Einschreiten sein können, so dürfen sie doch den Richter nicht veranlassen, den Berechtigten in der vollen Ausübung seines Rechts zu beschränken. Der Pfandgläubiger hat ein besseres Recht, als alle die übrigen, welche spätere dingliche Rechte haben, und darum kann er es jedem gegenüber geltend machen. Daß aber der Pfandgläubiger niemals ein Interesse daran habe, aus der Veräußerung der Servitut lieber, als aus der Veräußerung des Eigenthums befriedigt zu werden, läßt sich nicht für alle Fälle behaupten. So kann z. B. für den einer Corporation bestellten Ususfruct vielleicht ein Preis erzielt werden, welcher die Pfandschuld tilgt, während das des Nießbrauchs auf lange Jahre entkleidete Eigenthum einen sehr geringen Werth hat. Der Pfandgläubiger kann hier also mit einer Klage zu seiner Befriedigung gelangen, und auch der Verkauf ist dabei einfacher. Er übernimmt ja nur Einem gegenüber eine Verantwortung, und bei dieser handelt es sich nicht um so hohe Summen.

Der letztere Grund kann auch statthaben, wenn der Kaufpreis für die Servitutbefugniß schon die Forderung deckt, dagegen die Veräußerung des Eigenthums eine weit höhere Summe erzielen würde. Da nun also ein derartiges Interesse möglich ist, so kann der Pfandgläubiger um so weniger durch Vorschriften, welche gegen die Einheit des Systems anstoßen, in der Verfolgung seines Rechts beschränkt werden.

§. 9.

Verhältniß der Servitut, wenn die einzelnen körperlichen Theile der dienenden Sache in den Händen verschiedener Eigenthümer sind.

Wie schon gesagt, ist die Erdoberfläche an und für sich ein zusammenhängendes ununterbrochenes Ganze, und es bedarf einer rechtlichen Fiction, um die einzelnen Theile derselben, die Grundstücke, als selbständige und unabhängige Sachen erscheinen zu lassen. Der Umfang eines Grundstücks ist darum auch durch kein Naturgesetz geregelt, sondern hängt nur von menschlicher Willkühr ab, weßhalb er fortwährender Aenderung fähig ist, und so kann das, was heute als ein Grundstück Gegenstand eines Eigenthumsrechtes oder einer Servitut ist, morgen in zwei und mehrere Sachen verwandelt sein, die fortan ein von einander unabhängiges Schicksal haben werden und keine Spuren der frühern Vereinigung zeigen; es kann aber auch die eine selbständige Sache sich morgen einer andern in der Weise angeschlossen haben, daß sie fortan beide zusammengenommen den Charakter einer Sache haben werden.

Diese unendliche Theilbarkeit des Grundeigenthums macht es denn auch möglich, daß die Grenzen der mit einer Servitut belasteten Sache nicht immer mit den Grenzen der Sache zusammenfallen, welche demselben Eigenthümer gehört, und der gemeinsamen Kultur und Bestimmung wegen als ein Begriffsganzes behandelt wird, wie eine Wiese, ein Garten u. s. w. Dieses Auseinanderfallen der Grenzen kann durch verschiedene Gründe herbeigeführt sein, so namentlich dadurch, daß eine Servitut Anfangs alle Theile der damals als ein Grundstück, als eine eigene Sache, ausgeschiedenen Erdoberfläche umfaßte, diese aber nachher, während die Servitut

unverändert auf denselben Schollen haften blieb, von ihrem Eigenthümer zu mehreren Sachen gemacht oder mit Aufhebung ihrer Selbständigkeit einer andern einverleibt ist. Sodann kann aber auch von Anfang an der Eigenthümer nur einem Theile der Sache, welche als ein Ganzes in seinem Eigenthume steht, die Servitut aufgelegt haben, so daß er zum Zwecke der Constituirung derselben eine Theilung seiner Sache vornahm, und während sie in allen übrigen Beziehungen noch immer als eine gilt, sie doch hinsichtlich der Servitut zu zwei Sachen, zu einer dienenden und einer nicht dienenden, geschieden ist. Bei manchen Servituten wird dies Verhältniß schon immer bei einem nur einigermaßen größern Grundstück geboten sein, wie z. B. bei der servitus protegendi, da das übergebaute Dach doch nur in die Luftsphäre eines kleinen Theils des betreffenden Grundstücks hineinragen wird, und dieses nur so weit wirklich belastet ist. Wenn man in solchen Fällen daher auch wohl das ganze Stück, welches in Beziehung auf das Eigenthum eine Sache ausmacht, als dienend, als fundus serviens bezeichnet, so ist das doch eine ungenaue Redeweise, und streng genommen ist nur der eine Theil die dienende Sache. Ebenso verhält er sich bei den Wegeservituten, wenn einmal ein bestimmter Weg ein für alle Mal fixirt ist, wo auch nur der unmittelbar durch den Weg eingenommene Boden als die belastete Sache erscheint. Ferner kann dadurch ein Unterschied zwischen den Grenzen der dienenden Sache und der hinsichtlich des Eigenthums als Einheit behandelten Sache eintreten, daß der Berechtigte für einen Theil des dienenden Grundstücks auf die Servitut verzichtet, was ihm nach einem Ausspruch des Paulus in l. 6. de serv. 8, 1 durchaus zusteht[a]).

Außerdem wird aber auch in Folge gesetzlicher Vorschrift mitunter die Berechtigung an mehreren Grundstücken als eine einzige Servitut aufgefaßt, trotzdem daß diese von Anfang an verschiedenen Eigenthümern gehörten und die Berechtigung daran vielleicht auch zu verschiedenen Zeiten constituirt ward. Die dienende Sache besteht demnach dann aus dem Complex der belasteten Grundstücke. Dies

---

a) Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.

wird aber in den Gesetzen vorgeschrieben für die Wege- und Wasserleitungsservituten und zwar aus folgenden Gründen.

Die genannten Berechtigungen bedürfen meistens, um benutzt werden zu können, einer bleibenden Vorrichtung, die sich, wenn sie auch über Grundstücke verschiedener Herren geht, doch äußerlich als ein Ganzes darstellt, so daß der, welcher auf einem solchen Wege geht, oder eine solche Wasserleitung benutzt, vielleicht gar nicht mal darüber zum Bewußtsein zu kommen braucht, auf wessen Grundstück er gerade die Befugniß übt. Dazu kommt, daß die Berechtigung an einem oder dem andern der fraglichen Grundstücke für ihn gar keinen Werth haben wird, indem ein Weg oder eine Wasserleitung nur dann ihrem Zweck entspricht, wenn sie von einem bestimmten Punkte zu einem bestimmten andern führt, einzelne Stücke aber, dem die Ausgangspunkte oder die Verbindungen fehlen, ihrem Zwecke gemäß nie verwandt werden können[b]). Werden deßhalb Wege- oder Wasserleitungsservituten einzelnen von mehreren aneinanderliegenden Grundstücken auferlegt, die einen ununterbrochenen Weg oder eine vollendete und benutzbare Wasserleitung nicht zu gewähren vermögen, so können sie ihrem Zwecke gemäß gar nicht benutzt werden; wenn sie dennoch rechtsgültig bestehen, so geschieht es, weil sie durch die Hoffnung einigen Werth behalten, daß die Servitut auch noch den Grundstücken auferlegt werde, welche zur Zeit die Vollendung der Anlage verhindern[c]). Bis dahin haben sie gleichsam nur einen provisorischen Charakter, und ihre wahre Bedeutung erhalten sie erst, wenn die ganze Linie vollendet ist, und demnach ist auch der eigentliche Anfangspunkt der Berechtigung für sämmtliche Grundstücke derselbe. Mit diesem Momente verschmelzen die einzelnen zu verschiedenen Zeiten und durch verschiedene Acte constituirten provisorischen Servituten zu einer einzigen, da Zweck, Anfang und äußere Erscheinung der Servitut für alle Grundstücke dieselben sind[d]). Wir

b) L. 17 § 3 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3.

c) L. 7 § 1 comm. praed. 8, 4.

d) Paulus bezeichnet das in l. 38 de S. P. R. 8, 3 also:
— via consummari solet, vel civitate tenus, vel usque ad viam publicam, vel usque ad flumen, in quo pontonibus traiiciatur, vel usque ad proprium aliud eiusdem domini praedium.

werden unten sehen, wie die Wege- und Wasserleitungsservituten mitunter in der Weise constituirt werden, daß der Berechtigte sich noch einen Theil des belasteten Grundstücks zu wählen hat, wo der Weg oder die Wasserleitung gehen soll. Hier ist die Befugniß zunächst auf diese Wahl gerichtet, und hat man drum diese an mehreren Grundstücken erworben, so möchte die Regel von der Einheit mehrerer Wegeservituten nicht anzuwenden sein, und die einzelnen Servituten verschiedenen Schicksalen unterliegen, da das Band, welches sie später vereinigt, die äußere Erscheinung als eine einzige Sache, noch gar nicht vorhanden ist[e]).

Die wichtigste Folge dieser Auffassung ist die von **Ulpian** in l. 18 de S. P. R. 8, 3 besprochene:

> Una est via, etsi per plures fundos imponatur, *quum una servitus sit.* Denique quaeritur, an, si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? Et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur; ideoque si nullo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur[f]).

Darnach soll also eine solche über mehrere Grundstücke führende Servitut nicht durch Nichtgebrauch erlöschen können, wenn sie auch innerhalb der betreffenden Zeit nur auf einem einzelnen Grundstück geübt ist, eine Vorschrift, die um so mehr gerechtfertigt ist, als grade bei der äußerlichen Einheit des Wegs häufig der Beweis, daß man auch über jedes einzelne Grundstück gegangen ist, nicht mit derselben Sicherheit erbracht werden kann, wie der, daß man überhaupt auf dem Wege gegangen ist. Das letztere ist eine Wahrnehmung, die sich jedem Zeugen leicht aufdrängt, während er darüber, auf wessen Grundstück der Berechtigte grade augenblicklich geht, mitunter gar nicht zum Bewußtsein kommen wird.

Diese Auffassung von der Einheit des Servitut greift nun auch da Platz, wo ein Weg in der Weise über zwei Grundstücke geht, daß jedes derselben einen Theil contribuirt, um die erforderliche Breite herzustellen, also die Grenze zwischen beiden Grundstücken den Weg der Länge nach scheidet. Auch hier manifestirt sich die

e) Arg. l. 6 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

f) L. 8 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

Servitut schon durch die Anlage u. s. w., als eine einzige und wird darum auch selbst da als solche behandelt, wo die alleinige Ausübung auf einem Theile möglich und nutzbringend ist, wie z. B. da, wo ein getheilter Fahrweg doch noch als Fußweg benutzt werden kann[g]).

Für die Wasserleitungsservitut wird diese Regel von Javolenus in l. 9 quemadm. serv. amitt. 8, 6 ausgesprochen:

> Aqua, si in partem aquagii influxit, etiam si non ad ultima loca pervenit, omnibus tamen partibus usurpatur.

Doch auch von dem Erlöschen der Servituten durch Nichtgebrauch abgesehen, sind noch andere Folgerungen aus dem Satze gezogen, daß eine über mehrere Grundstücke gehende Wege- oder Wasserleitungsberechtigung als eine Servitut gelten soll. So zunächst hinsichtlich der unten näher zu besprechenden Regel, wonach niemand an eigener Sache eine Servitut haben kann und daher dieselbe stets untergeht, wenn der Berechtigte an der belasteten Sache das Eigenthum erwirbt, und wonach ferner, selbst wenn er nachher die herrschende oder dienende Sache weiter veräußert, die Servitut nicht anders auflebt, als wenn sie ausdrücklich neu constituirt wird. In Beziehung hierauf sagt Javolene in l. 15 quemadm. serv. amittitur 8, 5:

> Si, quum servitus mihi per plures fundos deberetur, medium fundum acquisivi, *manere servitutem puto*, quia toties servitus confunditur, quoties uti ea is, ad quam pertineat, non potest; medio autem fundo acquisito potest consistere, ut per primum et ultimum iter debeatur.

Darnach soll, wenn der Berechtigte nur eines von mehreren mit einer Wegeservitut belasteten Grundstücken zum Eigenthum erwirbt, die ganze auch dieses umfassende Servitut bestehen bleiben, weil sie nur erlischt, wenn sie von dem Berechtigten nicht mehr ausgeübt werden kann. Der gebrauchte Singular in den gesperrt gedruckten Worten, macht diesen Sinn unzweifelhaft. Die Folge, welche aus diesem Satze hier von Javolen gezogen wird, würde sich freilich auch in dem andern Falle ergeben, wenn an jedem Grundstück eine besondere Servitut bestehen würde, indem auch dann kein Grund vorhanden wäre, warum nicht an den Grundstücken, die nicht vom Berechtigten erworben sind, die Servitut fortdauern soll. Aber die von Javolen

g) Arg. lg. 6 § 1 quemadm. serv. amitt 8. 6.

gebrauchte Begründung wird uns zur Erklärung einer andern Stelle nützlich sein, die dieselbe Voraussetzung hat, nur daß sie daraus einen weitern Fall combinirt.

In l. 31 de S. P.R. 8 3 erzählt Julian nämlich Folgendes: Von drei Grundstücken verschiedener Eigenthümer, die in einer fortlaufenden Reihe liegen, stand dem untersten die Berechtigung zu, über die beiden andern Wasser zu leiten. Der Eigenthümer dieses untersten herrschenden Grundstücks erwarb nun das oberste der beiden dienenden Grundstücke, und veräußerte später das dienende Grundstück wieder. Hier war nun die Frage aufgeworfen, ob nicht die Servitut wenigstens für das oberste Grundstück erloschen sei, da herrschende und dienende Sache in demselben Eigenthum gestanden hatten, und man an eigener Sache keine Servitut haben kann. Der Jurist entscheidet da:

> Negavit amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset, et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desiisset, aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.

Danach soll also die Servitut auch an der eigenen Sache fortbestanden haben und auch auf den Käufer der herrschenden Sache übertragen sein, und zwar gelangt Julian dahin durch folgenden Gedankengang: Die Wasserleitungsservitut über mehrere Grundstücke gilt, so weit sie sofort ausgeübt werden soll, erst dann als völlig constituirt und als eine rechtliche Einheit, wenn sie den sämmtlichen zusammenhängenden Grundstücken auferlegt ist; sie theilt sich aber in einzelne eventuelle Servituten, sobald sie auf einem in der Mitte liegenden Grundstück nicht ausgeübt werden darf. Dies tritt aber noch nicht dadurch ein, daß der Berechtigte das obere der drei Grundstücke erwirbt, sondern da hier der faktische Zustand, die äußere Einheit der Wasserleitung, bestehen bleibt, so gilt das auch für die rechtliche, und da diese eine Servitut doch noch immer den Grundstücken gegenüber, die nicht eigene Sachen des Berechtigten geworden sind, ihre volle Bedeutung behält, bleibt sie allen Grundstücken gegenüber in

Kraft. Erst wenn der Berechtigte auch das zwischenliegende Stück erworben hätte, würde die Servitut erlöschen. Ein anderes Verhältniß tritt aber ein, wenn während der Zeit, wo das Eigenthum der herrschenden und einer der dienenden Sachen vereinigt war, der Berechtigte für das dazwischenliegende Grundstück, ja selbst, wenn mehrere vorhanden wären, für eins derselben das Recht Wasser zu leiten, verloren hätte. Denn indem dadurch, wie gesagt, die Gesammtservitut sich aufgelößt haben würde, so würden nur einzelne der Ausübung nach suspendirte Servituten an den einzelnen Grundstücken bestehen, und ob eine derselben wegen Vereinigung mit der herrschenden Sache erlöschen müsse, würde nach allemeinen Regeln ohne Rücksicht auf die andern Grundstücke zu entscheiden sein. Dies letztere Verhältniß würde nun auch nicht geändert, wenn der Berechtigte, während ihm noch das obere Grundstück gehört, die Servitut an dem dazwischenliegenden Grundstück, auf die er verzichtete, wieder erwerben würde; denn auf seinem eigenen Grundstück konnte die durch jenen Verzicht einmal erloschene Servitut nach der allgemeinen Regel: nemini res sua servit, von dem Berechtigten selbst nicht wieder bestellt werden, und so könnte auch jene Gesammtservitut, da ihr jetzt ein Glied in der Kette fehlt, nicht wieder aufleben.

Ein anderer Fall, wo die Auffassung der Befugniß, über mehrere aneinanderhängenden Grundstücken zu gehen oder Wasser zu leiten, als eine einzige Servitut auf die für praktische Fragen gegebene Entscheidung Einfluß hat, ist der von **Paulus** in l. 38 de S. P. R. besprochene. Darnach soll ein öffentlicher Fluß, der zwischen zwei Grundstücken hindurch fließt, und über dem man nur mit Hülfe von Fahrzeugen, nicht mittelst einer Brücke oder durch Waten gelangen kann, die Constituirung einer Wegeservitut zu Gunsten des diesseitigen an dem jenseitigen Grundstück unmöglich machen. Das soll aber nur gelten, wenn der Fluß zwischen dem herrschenden auf der einen und allen dienenden Grundstücken auf der andern Seite durchfließt, nicht dagegen, wenn eins oder mehrere der dienenden Grundstücke noch auf derselben Seite mit dem herrschenden liegen, und so der Anfang der Servitut einmal gültig constituirt ist, wo denn diese auch die jenseitigen Grundstücke ergreifen kann, trotzdem daß der Berechtigte doch von den dienenden Sachen auf dieselbe Weise getrennt erscheint, wie in dem ersten Falle, wo alle dienenden Grundstücke

auf der andern Seite des Flusses lagen. Auf das *consummari* einer Wegeservitut wird sich dafür ausdrücklich berufen. Die tiefern Gründe dieser Entscheidung werden wir erst unten in § 18 näher besprechen können.

Die seither behandelten in den Quellen nur für Wege- und Wasserleitungsservituten ausgesprochenen Regeln, werden nun aber auch wohl einer analogen Ausdehnung auf die, jedoch auch nur auf diejenigen Fälle fähig sein, wo gleichartige Servituten mehreren aneinanderstoßenden Grundstücken auferlegt sind, und eine Verrichtung zur Ausübung der Servitut nöthig und bereits hergestellt ist, die sich äußerlich als eine Einheit darstellt, wie das bei dem Wege und der Wasserleitung der Fall ist. So z. B. wenn das Vordach vielleicht an einem Punkte, wo mehrere Grundstücke in einem spitzen Winkel zusammenlaufen, in den Luftraum dieser mehreren Grundstücke hineinragt, wo dann die darauf gerichtete Berechtigung an diesen einzelnen Grundstücken als eine einzige Servitut aufgefaßt werden kann.

Hieran hätten wir nun Erörterungen über die Frage zu knüpfen, welchen Einfluß die körperliche Theilung der dienenden Sache gegenüber den an derselben bestehenden Servituten äußere[h]). Allein da

---

h) Es ist gebräuchlich, die Lehre von der Untheilbarkeit der Servituten als einen Fundamentalsatz der ganzen Servitutentheorie abgelößt von den einzelnen Beziehungen, in welchen er wirksam ist, zu behandeln. Obgleich die röm. Juristen dadurch selbst hierzu Veranlaßung gaben, daß sie sich für die verschiedensten Verhältnisse auf denselben berufen und ihn mitunter in einer fast sprichwörtlichen Form wiedergeben, so beruht doch diese Untheilbarkeit in ihren verschiedenen Richtungen auf ganz verschiedenen Gründen, und ist selbst in einem verschiedenen Umfange vorhanden, weßhalb ich vorgezogen habe, nicht in einem besondern Abschnitt, sondern an verschiedenen Stellen des Systems die Theilbarkeit und Untheilbarkeit zu besprechen, und so werde ich auf dieselbe zurückkommen, um das Verhalten der Servitut bei Theilung des herrschenden Grundstücks darzustellen, dann in der Lehre von der Entstehung und vom Untergang der Servituten u. s. w. Auch die neueste Schrift über diesen Gegenstand, die kurze Inaugural-Abhandlung von J. G. Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten, versucht abweichend von älteren Darstellungen eine verschiedene Begründung dieses Satzes in seinen verschiedenen Beziehungen.

die Quellen uns hierfür nur in der schwierigen l. 6 § 1 quemadmod. serv. amitt. 8, 6 einen Anhaltspunkt geben, deren richtiges Verständniß und allseitige Würdigung erst ermöglicht wird, wenn wir in der Lehre von den Wegeservituten, von denen sie zunächst handelt, zu gewissen Resultaten gelangt sind, so müssen wir die Beantwortung der aufgestellten Frage hier einstweilen aussetzen und behalten uns vor, später in einem Anhange auf dieselbe zurückzukommen.

Zweites Kapitel.

Die Subjecte der Servituten.

---

§. 10.

Die Realservituten.

Es ist in der Einleitung davon gehandelt worden, wie die Wege- und Wasserleitungsservituten allen Zeugnissen zufolge die ersten Servitutenbidungen gewesen sind, und wie sie dazu bestimmt waren, dringende Bedürfnisse des einen Grundstücks aus einem andern zu befriedigen. Es wird also bei diesen und den ihnen nachgebildeten Servitutverhältnissen, um eine von Natur fehlende Eigenschaft zu ersetzen, die entsprechende Eigenschaft eines andern Grundstücks von diesem loßgetrennt und die Herrschaft darüber dem Eigenthümer jenes Grundstücks zur Benutzung übertragen. Allein dieser Zweck würde nur sehr unvollkommen erreicht werden, wenn dieses Recht, wie andere Vermögensrechte, entweder mit dem Tode erlöschen, oder ganz unabhängig von dem Eigenthum der Sache, zu deren Vortheil es ertheilt war, auf die Erben transferirt, oder selbständig an Andere veräußert werden könnte, und so führte man die Auffassung der Servitut als eine Eigenschaft der herrschenden Sache so weit durch, daß man ihr rechtliches Schicksal wie das jeder andern natürlichen Eigenschaft so eng an das der Sache anknüpfte, daß die Servitutberechtigung immer mit der Herrschaft über die Sache verbunden war[a]). Dies ist es, was Celsus l. 86 de V. S. 50, 16 sagen läßt:

---

a) Daß man sich gleich Anfangs bei der Entstehung dieses Instituts dieser Richtung desselben bewußt gewesen sei, ist wieder nicht nöthig, sondern bei der

Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo.

und was die Servitut mitunter als conditio fundi[b]), oder als habitus fundi[c]) auffassen macht.

Das Grundstück, um dessentwillen die Servitut an einer andern Sache bestellt wird, ist also gleichsam der Vermittler, um dessentwillen und mit welchem die Servitut von dem seitherigen Berechtigten auf den Erwerber desselben übergeht, und zwar einerlei, ob dieser Erwerb des Grundstücks auf originärem oder derivativem Wege vor sich geht. Da ferner die Servitutbefugniß nur constituirt ist, um dem sogenannten herrschenden Grundstück eine Eigenschaft zu ersetzen, so darf sie auch nur geübt werden, wenn und soweit dies geschieht, also namentlich nur, wenn der Berechtigte auch die herrschende Sache in seiner Gewalt hat, sie besitzt, und so den Ertrag der Servitut mit der Benutzung der Sache in Verbindung zu setzen vermag. Wer darum auf Benutzung der herrschenden Sache ein bestimmtes Recht hat, wird der Regel nach auch auf Benutzung jener Berechtigung ein ähnliches Recht haben.

Da nun auf diese Weise eine Sache nicht nur Vermittlerin für den Erwerb der Servitut, sondern auch Bedingung für die Ausübung, und wie wir später sehen werden, sogar Maßstab für den Umfang der Berechtigung sein muß, so ist es durchgehender Sprachgebrauch geworden, die Sache selbst allegorisch als die herrschende (praedium *dominans*) zu bezeichnen (welcher Ausdruck auch durch den Gegensatz zur dienenden Sache, d. h. zu der mit der Servitut belasteten begünstigt wird), und weiter die Realservitut als eine

---

Steligkeit des Grundeigenthums in älterer Zeit, die auch das herrschende Grundstück stets auf die Universalsuccessoren übergehen ließ, konnte es erscheinen, als ob die Servitut, wie alle andern Vermögensobjecte auf die Erben als solche übergehe. Erst in dem seltenen und unerwarteten Fall einer Veräußerung des herrschenden Grundstücks zeigte es sich, wie das Verhältniß zu einem ganz andern werde, als das bei der Konstituirung beabsichtigte, wenn die Befugniß bei dem seitherigen Innehaber oder dessen Erben zurückbleiben könne oder müsse, und da gelangte erst der oben aufgestellte Gesichtspunkt zur bewußten Durchbildung.

b) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

c) L. 12 quemadm. serv. amit. 8, 6.

Dienstbarkeit des einen Grundstücks gegenüber dem andern, also als Herrschaft des einen über das andere aufzufassen[d]). Dies hat unsern Lehrbüchern Veranlassung gegeben, das sogenannte herrschende Grundstück in gleicher Weise als das Subject der Servitut aufzufassen, wie solches bei den Personalservituten die berechtigte Person ist, mit welcher, wie wir sehen werden, letztere Servitut ebenfalls in einem derartigen unzertrennlichen Verhältniß steht[e]). Diese Behandlung ist schon von vorneherein um so auffallender, als im „allgemeinen Theil" der Pandectenlehrbücher gesagt zu werden pflegt, Subject von Rechten könnten nur Personen sein, und das wären Menschen, anerkannte Corporationen und in gewisser Hinsicht die hereditas jacens. Gegen ältere Ansichten[f]), welche auch den Grundstücken eben mit Rücksicht auf die Realservituten Rechtssubjectivität zuerkennen wollten, wird hier mit Recht polemisirt, und doch benutzt man diesen technisch gewordenen Ausdruck „Subject von Rechten", um ein richtiger Ansicht nach gänzlich verschiedenes Verhältniß damit zu bezeichnen. Denn die wahren Innehaber der Servitutberechtigung, die Subjecte derselben sind bei der Realservituten so gut, wie bei den Personalservituten, wirkliche Personen.

Freilich scheint gegen diese Behauptung der erwähnte so sehr häufige Sprachgebrauch zu zeugen, welcher die Realservitut als ein lediglich unter Sachen bestehendes Verhältniß darstellt[g]); allein

---

d) Z. B. l. 12 comm. praed. 8, 4. **Quum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur**, und an sehr viel andern Orten. Ferner sehr häufig die Redeform: **Servitus debetur praedio** z. B. in L. 6 und 21 de S. P. U. 8, 2; l. 23 § 2 und 3, l. 27, l. 34 de S. P. R. 8, 3. Aehnlich sagt Marian in l. 1 de serv. **Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.**

e) So verfährt z. B. v. Vangerow, wenn er S. 780 die Servitut als das zum ausschließlichen Vortheil des bestimmten berechtigten Subjects gereichende dingliche Recht u. s. w. definirt. Aehnlich Puchta in seinen Pandekten § 178.

f) Von Neuem vertheidigt von Böcking, Institutionen, Bonn 1842, S. 392 und Grundriß zu Pandektenvorlesungen, Bonn 1851, S. 13.

g) Allein Scävola bezeichnet in l. 20 § 1 si serv. vind. auch das als Pertinenz mit einem Landgute verbundene Miteigenthum an einer Weide als ein *ius fundi*, als ein Recht dieses Landguts.

einmal ist er nicht durchgehends eingehalten, sondern es findet sich auch die umgekehrte Auffassung, wie z. B. **Paulus** in l. 30 de S. P. U. 8, 2 sagt:

> Si partem praedii nactus sum, *quod mihi, aut cui ego serviam*,

wo die letztern Worte in einer präcisern Redeweise heißen müßten, aut cuius domino praedium meum serviat. Sodann aber ward da, wo es auf eine bestimmte und genaue Darstellung des Rechtsverhältnisses ankam, in den Klagformeln, nicht etwa jene Allegorie beibehalten und von dem Eigenthümer, welcher eine Realservitut einklagte, intendirt: ius *fundo meo* est, sondern also: ius *mihi* est[h]), und wenn eine Negatorienklage gegen eine angemaßte Realservitut erhoben wurde, hieß es wieder: „ius *illi* non est tigna immissa habere"[i]), „ius *tibi* non est, parietem illum ita habere"[k]). Eben so wenig kann man die entgegenstehende Ansicht auf **Papinians** Ausspruch in l. 31 § 7 de negot. gest. 3, 5 gründen, wo er sagt

> Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur;

denn einmal stellt grade Papinian in einer andern Stelle das Verhältniß ausdrücklich eben so dar, wie wir es aufgefaßt haben[l]),

---

h) **Ulpian** in l. 2 pr. si serv. vindicet. 8, 5. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui *servitutes sibi competere* contendit, negatoria domino, qui negat. **Paulus** in l. 9 pr. eodem Si eo loco, per quem *mihi* iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere jus *mihi* esse ire agere. Derselbe in l. 23 § 3 de S. P R. 8, 2.

i) L. 12 si serv. vind. 8, 5.

k) L. 14 § 1 daselbst und ähnlich an vielen andern Stellen.

l) L. 34 pr. de S. P. R. 8, 3. Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire agere, nihil agit, et ideo si duo praedia, quae mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest; quamvis enim *unusquisque sociorum solus sit*, cui *servitus debetur, tamen quoniam non personae, sed praedia deberent*, neque acquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit. Also das belastete Object ist die dienende Sache selbst, das Subject der Servitut aber im Gegensatz dazu der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks. und doch heißt es auch hier im Anfang von den beiden Grundstücken: quae mutuo serviebant.

und dann haben diese Worte, wenn sie wirklich, was bezweifelt werden kann, von der Wasserleitungsservitut zu Gunsten eines gemeinsamen Grundstücks, und nicht von der auf einem solchen Grundstück ruhenden Servitut oder von einem Verhältniß zu den öffentlichen Wasserleitungen sprechen, nur den Sinn, daß der Untheilbarkeit der Realservitut wegen das Urtheil nicht einem Miteigenthümer allein gegenüber wirken könne, sondern, wenn das Grundstück als Träger und Vermittler des Rechts für ihn anerkannt sei, dasselbe auch allen andern Miteigenthümern gegenüber diese Eigenschaft annehmen müsse, weil sonst das Urtheil unausführbar sein würde — ein Satz, der sich auch sonst, wie z. B. in l. 19 si serv. vind. 8, 5, ausgesprochen findet[m]).

Diese hier angeregte Frage, wer bei den Realservituten das berechtigte Subject sei, ist nun aber keineswegs gleichgültig und unproductiv, sondern manche Erscheinungen der Servitutenlehre stehen mit derselben in Zusammenhang. Wir werden in einem folgenden Paragraphen sehen, daß man nicht gleichzeitig Eigenthum und Servitutenrecht an derselben Sache haben kann; wäre das herrschende Grundstück das berechtigte Subject, so könnte jener Satz nicht hindern, daß zwischen verschiedenen Grundstücken eines Eigenthümers Servituten beständen, denn Servitut und Eigenthum ständen ja verschiedenen Berechtigten zu. Gleichwohl aber wird die Möglichkeit solches Verhältnisses bestimmt verneint[n]). Wäre ferner die herrschende Sache nach römischer Anschauung wirklich das Subject der Servitut

m) Wenn sich Böcking für seine Ansicht auf l. 7 pr. de publ. 39, 4 beruft, wo es heißt:

> Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores . . . vectigal solvere.

so möchte die spätere Gesetzgebung durchaus nicht geeignet sein, um nach dieser Seite Beweiskraft für die römische Rechtsauffassung zu haben, indem sie lediglich durch das Interesse des Fiskus geleitet wurde, und so zu dem mit den Ansichten des römischen Privatrechts unvereinbaren Institute der Reallasten gelangte, ja schließlich in dem Kolonate sogar eine Dienstbarkeit des Menschen zu Gunsten eines Grundstücks annahm. Von den römischen Anschauungen entfernte sie sich namentlich durch den Einfluß, welchen in dieser Beziehung die Zustände des größeren Theils des Reiches, der Provinzen, üben mußten, fast gänzlich.

n) L. 30 de S. P. U. 8, 2.

und der Eigenthümer dagegen nur der Stellvertreter der Sache, so ist nicht abzusehen, warum das Recht nicht auch die Grundstücke sich verpflichten läßt, und der Eigenthümer dann auch in dieser Beziehung das Grundstück vertritt, wie z. B. Goldschmidt das wirklich angenommen hat, um zu einer servitus in faciendo zu gelangen.

Je nachdem man nun das herrschende Grundstück oder den Eigenthümer desselben als das eigentliche Subject gelten läßt, muß man auch folgenden meines Wissens in den Quellen nicht behandelten Fall verschieden beurtheilen. Der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks derelinquirt dasselbe, und ehe die Zeit verflossen ist, in welcher Servituten durch Nichtgebrauch erlöschen, occupirt ein Anderer dasselbe Grundstück. Ist nun dieses wirklich das Subject der Servitut, so wird sie auch in Zukunft dem Occupanten eben so zustehen, wie dem frühern Eigenthümer, — denn er hat ja nunmehr das Subject zu vertreten, welches durch keinen Act seine Berechtigung aufgegeben hat. Ist dagegen, wie wir annehmen, der Eigenthümer der herrschenden Sache das berechtigte Subject, so verliert die Servitut in dem Augenblicke, wo jener auf sein Eigenthum und damit auf die Ausübung der Servitut verzichtet, ihr wesentlichstes Erforderniß, ein Subject, sie geht daher unter, und die abgelößte Eigenschaft consolidirt mit der körperlichen Sache, die Servitut erlöscht für alle Zeiten.

Endlich ist es aber auch nur möglich, wenn man mit uns eine berechtigte Person als Innehaberin der Realservitut annimmt, die eigenthümlichen Bestimmungen, welche für die in Beziehung auf ein Grabmal errichtete Wegegerechtigkeit gegeben werden[o]), mit dem übrigen Rechtssystem in Einklang zu bringen. Das sepulcrum steht, nach einer durch das ganze Recht hindurchgehenden Ansicht als res religiosa in fast privatrechtlichen Eigenthum der abgeschiedenen Seelen der dort Begrabenen, der Dii Manes[p]). Es möchte kein Grund vorhanden sein, um die Möglichkeit zu leugnen, daß Servituten zu Gunsten eines solchen religiosen Grundstücks existiren konnten, sei es, daß sie bei der Gründung des Grabmals von dem Gründer demselben

o) L. 14 § 1 de serv. 8, 1 und l. 1 si serv. vind. 8, 5.

p) Gai. II, § 3–6. Cicero de legibus II, 9 § 22.

erworben sind, sei es daß sie schon vorher dem Grundstück zustanden. Es war nur nöthig, daß sie demselben auch in seiner jetzigen Gestalt, als Grabmal, Vortheil gewähren konnten, wie das bei den großen Bauten und sonstigen Anlagen auf den römischen Gräbern leicht möglich war, und in l. 1 de mortuo infer. 11, 8 finden wir auch eine derartige Servitut erwähnt, die einem zum Grabmal bestimmten Grundstück zustand, nämlich das Recht eine Maschine zum Zwecke von Bauten und Reperaturen auf des Nachbars Grundstück aufstellen zu können. Bei diesen Servituten mußten nun naturgemäß die Eigenthümer des Grabes, die Dii Manes, auch die Berechtigten sein, und die Befugniß darum auch gewissermaßen religios sein, so daß bei Verletzungen derselben die Strafgewalt der Pontifices, die actio sepulcri violati und die für Verletzung der Gräber festgesetzten außerordentlichen Strafen die Rechte der Manen schützen mußten.

Während diese Regeln aus dem eigenthümlichen Wesen der res religiosae mit Nothwendigkeit hervorzugehen scheinen, so werden uns dagegen ganz entgegengesetzte Bestimmungen über die Servitut, durch welche ein Weg zu einem Grabe bestellt wird, überliefert. Paulus sagt von ihr in l. 14 § 1 de serv., sie bleibe der Disposition der Privaten unterworfen (privati juris manet), und könne daher einmal jeder Zeit zu Gunsten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks erlassen, und ferner noch constituirt werden, nachdem der Ort schon religios geworden sei. In l. 1 si serv. vind. 8, 5 wird weiter gesagt, daß eine derartige Servitut vindicirt werden könne, obgleich das Grab nicht im Eigenthum des Berechtigten stehe. Der Zusammenhang dieser Stelle[q]) macht es unmöglich, hier eine Personalservitut annehmen zu wollen, vielmehr müssen wir, wie schon der gebrauchte Ausdruck *via* (ebenso in l. 14 § 1 *iter*) wahrscheinlich macht, eine eigentliche Realservitut annehmen, die aber ausnahmsweise nicht mit dem Eigenthum einer Sache verbunden war, denn dann hätte sie ja den Mannen zustehen müssen, sondern mit einem andern Rechte, welches trotz der Religiösität doch immer noch an der Sache bestehen konnte. Eine solche Wegegerechtigkeit hatte

q) Actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt. Sepulcra autem nostri dominii non sunt; atqui viam ad sepulcrum possumus vindicare.

nämlich einen wirklichen Werth nur für die, welche das sehr häufig vorkommende und bestimmten Rechtsregeln unterworfene jus sepulcri hatten, d. h. das Recht sich oder andere in jenem Grabe beisetzen zu lassen. Sie konnten in dem Falle, wo das Grab nicht an einem öffentlichen Wege, oder an ihrem eigenen Grundstücke lag, dieses ihr Recht nur ausüben, wenn sie auch eine Wegegerechtigkeit hatten, vermöge deren sie zu dem Grabe gelangen konnten, und deren Bestellung sie bekanntlich nöthigen Falls erzwingen konnten [r]). Diese müssen wir, wenn gleich sie in jenen beiden von dieser Wegegerechtigkeit handelnden Stellen nicht ausdrücklich genannt werden, als die berechtigten Subjecte dieser Prädialservitut ansehen, denen die Vindication zugesprochen wird, und weiter nicht das Eigenthum an der herrschenden Sache, sondern das jus sepulcri an derselben ausnahmsweise als den Träger und Vermittler dieses Rechtes gelten lassen. Mit dem jus sepulcri hereditarium wird es daher auf die Erben und Kinder des Gründers, mit dem jus sepulcri familiare auch auf die Agnaten desselben [s]) übergehen [t]). Auf diese Weise kann nun das Grab herrschendes Grundstück für eine Wegeservitut und daneben z. B. für eine servitus protegendi sein, jene aber der Privatdisposition eines Nichteigenthümers unterworfen, diese als religios extra commercium sein, — ein Verhältniß, welches sich, wenn man die herrschende Sache selbst als das wirkliche Subject der Servituten auffaßt, nicht erklären läßt, wohl aber, wenn die Berechtigung an diese Sache nur die Trägerin ist, welche den Erwerb der Servitut durch die eigentliche Subjecte vermittelt.

Gleichwohl aber läßt sich nicht verkennen, daß in einer Beziehung das römische Recht doch der Ansicht huldigt, als stehe der herrschenden Sache selbst die Berechtigung zu, und zwar sprechen dafür durchaus die Bestimmungen, welche hinsichtlich des Verlustes durch Nichtgebrauch gelten, indem dieser nicht eintreten soll, auch

---

r) L. 12 pr. de relig. 11, 7.

s) L. 5 et l. 6 pr. de relig. 11, 7; l. 13 C. de relig. 3, 44.

t) Ueber das jus sepulcri, sowie überhaupt über die obige Auffassung der Religiosität vergleiche meine Dissertation De rebus religiosis § 11. Goettingae 1851.

wenn die Servitut nur von einem gutgläubigen, ja selbst wenn sie von einem bößgläubigen Besitzer des herrschenden Grundstücks geübt ist. Fundus enim, sagt Celsus in der betreffenden l. 12 quemadm. serv. amitt. 8, 6, qualiter se habens, ita quum in suo habitu possessus est, ius non deperit, neque refert, iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet. Also die Ausübung Seitens eines gänzlich Unberechtigten soll auf die Erhaltung der Servitut Einfluß haben, weil sie im Namen des herrschenden Grundstücks geschieht, also als ob eben dieses Grundstück das berechtigte Subject sei.

Allein das ganze Institut des Erlöschens der Servitut durch Nichtgebrauch während einer bestimmten Zeit ist keineswegs aus dem Begriff der Servitut hervorgegangen, sondern eine Concession, welche der Nützlichkeit und Rechtssicherheit Seitens der Rechtsbildung gemacht ist; hätte man da nun die stricte Forderung aufstellen wollen, die Servitut müsse vom Berechtigten geübt werden, so hätte ein zeitweiser Verlust des Besitzes des Grundstücks den Verlust aller Servituten, welche demselben zustehen, herbeiführen können. Das war eine Härte, welche man bei Einführung jenes willkürlichen Instituts des Servitutverlusts durch Nichtgebrauch nicht beabsichtigte, und man mußte in dieser Willkür inconsequent sein durch Zulassung des Satzes, daß jeder Besitzer des Grundstücks, wenn er die Servitut ausübe, sie für den wirklich Berechtigten erhalte. Ja, wie aus den weitern Worten des Celsus in jener Stelle hervorgeht, genügt es, wenn die Servitut ohne eine menschliche Thätigkeit lediglich durch Naturkräfte geübt wird, z. B. das Wasser, auf welches das Nachbargrundstück ein Recht hat, von selbst in Folge der einmal hergestellten Leitung auf dasselbe fließt.

Es können nicht nur Wege- und Wassergerechtigkeiten, sondern diesen nachgebildet auch eine unendliche Zahl anderer Servituten die Ergänzung einer fehlenden Eigenschaft der einer Sache aus den Eigenschaften der andern zum Zwecke haben und demnach mit jener herrschenden Sache untrennbar verbunden sein; allein sie setzen, damit jener Zweck erreicht werden kann, ein unveränderliches factisches Verhältniß zweier Sachen voraus, wie solches nur zwischen Grundstücken möglich ist, wo die Natur selbst jede Entfernung und Trennung unmöglich macht. Deßhalb sind die Realservituten,

d. h. die Servituten, wo um jene Sprachweise zu brauchen, res rei servit, immer auch Prädialservituten[u]).

§. 11.

Fortsetzung. Verhältniß der Realservituten gegenüber von Aenderungen im Eigenthum der herrschenden Sache.

Berechtigtes Subject ist für die Realservituten also stets der Eigenthümer der herrschenden Sache[a]), wie immer er das Eigenthum auch erworben haben mag. Abgesehen von dem Falle, wo der Servitutberechtigte die herrschende Sache erwirbt, wird der Bestand der Servitut daher durch keine Veränderung in dem Eigenthum derselben alterirt, so lange nur ein Eigenthümer vorhanden ist. So namentlich nicht durch Uebergang an den Staat[b]), Erbgang[c]), Usucapion[d]), oder Verkauf[e]), und hinsichtlich des letzteren findet sich sogar in l. 66 § 1 de contr. emt. 18, 1 von Pomponius die auffallende Meinung ausgesprochen, daß, wenn der Verkäufer wissentlich Servituten, welche der verkauften Sache zustanden, beim Verkaufe verschwiegen hat, und dadurch der Käufer diese, weil er sie die bestimmte Zeit nicht übte, verloren hat, er gegen jenen die Kaufklage wegen Arglist anstellen könne. Da nun aber auch andere Gründe den Verkäufer zu seinem Verhalten veranlassen konnten, und er z. B. schwieg, weil er glaubte, der Eigenthümer kenne die Servitut, so ist jene Entscheidung des Pomponius wohl auf die Fälle zu beschränken, wo eben wirklich Dolus das einzige Motiv war. Geht das Eigenthum der herrschenden Sache zu ideellen Theilen auf

---

u) § 3 J. de serv. II, 3; l. 1 § 1 comm. praed. 8, 4.

a) L. 1 si serv. vind. 8, 5.

b) L. 23 § 2 de S. P. R. 8, 3.

c) L. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 20 § 1 de acquir. rer. domin. 41, 1.

d) L. 10 § 1 de usurpat. et usuc. 41, 3.

e) L. 47 und 48 de contr. emt. 18, 1; l. 23 § 3 de S. P. R. 8, 3.

mehrere Eigenthümer über, so geht auch die Servitutberechtigung in gleichem Theilungsverhältniß auf dieselben über[f]).

Die Grenzen des herrschenden Grundstücks können nun ferner auf dieselbe Weise, wie die des dienenden, verschieden sein von denen, welche das in einem Eigenthum stehende Grundstück umschließen, indem möglicher Weise nur für einen Theil des letzteren die Servitut bestellt sein kann[g]). Dagegen ist es nicht möglich, daß von Anfang an zu Gunsten mehrerer Grundstücke verschiedener Eigenthümer eine einzige Servitut bestellt wird, so daß diese, welche hinsichtlich des Eigenthums unabhängig von einander und selbständig dastehen, hinsichtlich der Servitut in eine Art von Communionsverhältniß zu einander treten. Wäre ein solches Verhältniß zulässig, so würde die Realservitut ihr wesentliches Requisit, Vereinigung mit einer herrschenden Sache, verloren haben, indem ihr Subject dann der Complex der mehreren Eigenthümer wäre, während die herrschende Sache in allen ihren Theilen in dem Eigenthum von Einzelnen stände. Demgemäß wird denn auch eine derartige Servitutbestellung in unsern Quellen nirgends erwähnt, vielmehr z. B. da, wo mehrere eine Wegegerechtigkeit an ein und demselben Wege haben, ausdrücklich gesagt, sie stünden in keiner Communion[h]), und werden mehrere neben einander bestehende selbständige Realservituten, wie in allen ähnlichen Fällen, angenommen.

Hieraus ergiebt sich nun schon, wie das Recht, wenn es nicht in Folge einer körperlichen Theilung der herrschenden Sache eine solche Trennung der Servitut von seinem Träger annehmen und beide fortan verschiedenen Innehabern zuweisen wollte (die Servitut der Gesammtheit der Theilhaber — das herrschende Grundstück seinen einzelnen Eigenthümern), nothwendig dahin gelangen mußte, hier auch in der Art eine Theilung der Servitut zuzulassen, daß fortan jeder der Eigenthümer eines Theils auch eine selbständige Servitut erhalte, die er unabhängig von den andren Eigenthümern zum Vortheil seines Grundstücks ausüben könne. So sagt denn auch Celsus in l. 6 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6, es solle

f) L. 23 §. 3. de S. P. R. 8, 3.
g) L. 6 § 1 comm. praed. 8, 4.
h) L. 19 § 2 comm. divid. 10, 3.

bei Theilung des herrschenden Grundstücks so angesehen werden, als ob von vorne herein die Servitut den mehreren Grundstücken bestellt sei, und darum solle für jeden Theil eine besondere Verjährungszeit laufen, zumal da dadurch die Lage des dienenden Grundstücks nur besser werde, indem jetzt der Gebrauch der Servitut Seitens eines Eigenthümers dieselbe nicht mehr für die andern Theile des Grundstücks zu erhalten vermöge [i]).

So einfach dieses Prinzip auch erscheint, bietet es in der Anwendung doch sehr viele Schwierigkeiten. Zuerst nämlich, wenn die Servitut auch allen den jetzt getrennten Theilen zusteht, wird sie doch nicht immer sofort auch für alle ausgeübt werden können. Denn da jetzt zwischen den entfernter gelegenen Theilen und dem dienenden Grundstück die unmittelbar an dieses stoßenden Theile liegen können, wird es nöthig sein, wenn die Servitut ihrem Wesen nach überhaupt von einem solchen entfernteren Grundstück ausgeübt werden kann, oder für dasselbe noch Interesse hat, daß diese die Ausübung nicht unterbrechen, beziehungsweise die Vornahme der nöthigen Handlung dulden müssen. Dies wird dauernd nur erreicht werden, wenn ihnen bei der Theilung eine dahin zielende Servitut auferlegt ist [k]). Sodann ist die Art und Weise der Theilung einer Servitutbefugniß keineswegs schon von selbst gegeben, vielmehr ist sie meistentheils, da die Servitut etwas Untheilbares, eine Handlung, gewährt, von Natur selbst untheilbar. Denn z. B. das Recht über ein Grundstück zu gehen kann nicht zweien so zustehen, daß jeder halb geht, sondern der Act des Gehens kann nur von einem Einzelnen vorgenommen werden. Das Recht hat hier aber dadurch geholfen, daß es nicht sowohl die einzelne Handlung theilt, sondern die mehreren gleichzeitigen oder successiven Handlungen, zu denen die Servitut berechtigt, als das zu theilende Object auffaßt, und den einzelnen Theilhabern eine entsprechende Quote derselben zuweist. Wie sich das in den einzelnen Fällen gestalten muß, darüber lassen

---

i) Die eigenthümliche Entscheidung von **Paulus** in l. 49 § 1 ad leg. Falc. 35, 2, welche fast eine Untheilbarkeit der Servituten auch in dieser Beziehung anzunehmen scheint, wird besser unten in der Lehre von der Errichtung der Servituten besprochen werden.

k) L 23 § 3 de S. P. R. 8, 3.

sich wenig allgemeine Regeln geben, zumal; da das Ermessen des Richters weiten Spielraum hat; hier nur Folgendes:

Bei negativen Servituten stellt sich die Sache am einfachsten; die Handlung, welche der Eigenthümer des ganzen Grundstücks seither verhindern konnte, darf auch jetzt nicht vorgenommen werden, und jeder der Eigenthümer der Theile hat darauf denselben Anspruch und dieselbe Befugniß zum Verbieten, also ein Recht von gleichem Umfang, wie es früher die Eigenthümer des gesammten Grundstücks hatten. Hierin zeigt sich wieder die oben besprochene eigenthümliche Natur der negativen Servituten. — Im Uebrigen muß aber der Grundsatz bei der Theilung niemals aus den Augen gesetzt werden: es darf die Last des dienenden Grundstücks durch dieselbe niemals größer werden, als sie früher war. Wo darum der Umfang der Servitutbefugniß allein nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bemessen wird, möchte regelmäßig auch wieder das Bedürfniß der einzelnen Theile fortan der Maßstab für den Umfang sein, indem meistens die einzelnen kein größeres Bedürfniß haben werden, als das Ganze, aus dem sie entstanden sind. So wird z. B. eine solche unbeschränkte Wasserleitungsservitut von jedem Innhaber eines Theils auch wieder unbeschränkt benutzt werden können. Bei andern Servituten wird das Bedürfniß des ungetheilten Grundstücks zwar geringer gewesen sein, als das der Theile, aber dieses Bedürfniß läßt sich schwer fixieren und die Ausübung Seitens der einzelnen Theile schwer kürzen; auch wird ein häufigerer Gebrauch das Interesse des Grundstücks kaum mehr verletzen, als ein seltener, indem z. B. die Beschwerde nur in Duldung der Vorrichtung beruht, und diese dieselbe ist, mag sie wenig oder oft gebraucht werden, und darum wird auch in solchen Fällen die Ausübung Seitens der Theile sich auch allein nach dem Bedürfniß derselben richten. So verhält es sich z. B. bei Wegeservituten. Zu den einzelnen Theilen werden häufig mehr Personen gehen als dorthin gingen, wie das Grundstück noch ein ganzes, nur von Einem bestelltes oder von Einer Familie bewohntes war; allein es läßt sich nicht bestimmen, wie viel Gänge zur gehörigen Benutzung des ganzen Grundstücks nöthig sind, und daher läßt sich der jetzige Mehrgebrauch nicht auf eine bestimmte Zahl von Gängen angeben, und eben so wenig der Gebrauch Seitens der einzelnen Theilhaber um eine bestimmte Anzahl Gänge kürzen.

Auch ist es da, wo das dienende Grundstück einen bestimmten Weg zu bestellen hat, der zu keinem andern Zweck benutzt werden kann, für das juristische Interesse des Eigenthümers fast gleichgültig, ob derselbe von vielen oder wenigen, ob er oft oder selten benutzt wird.

In andern Fällen wird das Bedürfniß eines Grundstücks sich wenigstens annäherungsweise ein für alle mal fest bestimmen und auf Zahlen reducieren lassen, und da kann es vorkommen, daß durch die Theilung des Grundstücks das Bedürfniß sehr gesteigert, ja verdoppelt werden kann. Hat z. B. ein Landgut das Recht, das für sein Bedürfniß nöthige Bauholz in einem Wald fällen zu lassen, und nun wird dasselbe zerschlagen, und auf jedem Theile entsteht eine besondere Wirthschaft mit besondern Gebäuden und besonderm Bauholzbedarf, so wird nur die Nutzung zu ziehen sein, welche vor der Theilung aus der Servitut gezogen werden konnte, und diese wird daher unter die einzelnen Theile des Grundstücks zu vertheilen sein. Dies muß in derselben Weise geschehen wie in den Fällen, wo von Anfang an nicht das Bedürfniß des Berechtigten, sondern irgend ein anderes Maaß den Umfang bestimmt hat. In Beziehung hierauf verordnet Pomponius in l. 25 de S. P. R. 8, 3 für einen Fall, wo jemand das Recht hat, eine bestimmte Quantität Wasser zu leiten, daß die Theilung dieses Wassers lediglich nach dem Größenverhältniß der einzelnen Theile geschehen solle und zwar ohne Rücksicht darauf, daß um eines bestimmten Theiles willen die Wasserleitung eingerichtet, oder für einen das Wasser besonders nöthig oder vortheilhaft, oder seither allein geübt sei. Es versteht sich, daß diese Entscheidung voraussetzt, daß trotz jener Umstände doch alle Theile wirklich zu dem herrschenden Grundstück gehören, und die Servitut nicht ausschließlich für jene Theile bestellt ist, für welche sie benutzt ist. Unter dieser Voraussetzung hat die Entscheidung des Pomponius den Vortheil, daß sie die bei Berücksichtigung aller jener factischen Verhältnisse nothwendig entstehenden unendlichen Streitigkeiten abschneidet und uns ein bestimmtes Princip an die Hand giebt. Dieses wird sich auch überall als leicht anwendbar, ja als billig erweisen, wenn man nur immer, wir wiederholen es, jene Theile, für welche die Servitut ihrem Wesen nach gar nicht bestellt werden konnte, als nicht zu der herrschenden Sache gehörig bei der Berechnung außer Acht läßt.

In dem in der citirten l. 25 de S. P. R. behandelten Falle, war die herrschende Sache ein fundus, also dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß ein praedium rusticum, ein zum Ackerbau bestimmtes Grundstück. Da muß denn für jeden Theil desselben, zumal unter italischem Himmel eine Wasserleitung möglicher Weise Vortheil gewähren, und ist darum allgemein diesem fundus eine darauf zielende Servitut bestellt, so gelten im Zweifel alle Theile dieses Ackers als zur herrschenden Sache gehörig und erhalten bei der Theilung ihre Quote. Wäre nun aber die Servitut allgemein einem größern Gute bestellt, in welchem sich z. B. auch ein stehender See, Waldungen, Steinbrüche u. s. w. befänden, also Sachen, für welche die Wasserleitungsservitut nie gebraucht werden könnte, und nun würde dieses Gut in der Art getheilt, daß der See ausgeschieden und veräußert würde, so darf man nicht annehmen, der Erwerber desselben erhalte eine Quote der für das ganze Gut bestellten Servitut, — da er diese aber wegen mangelnden Nutzens nicht ausüben könne, so erlösche diese Quote, und um diese sei also die dem übrigen Gute zustehende Servitut kleiner geworden. Diese Folgerung ist vielmehr unrichtig, weil der Servitut gegenüber das Gut, welchem sie constituirt ist, nur aus den Theilen besteht, welche möglicher Weise Vortheil davon haben können. Dies wird z. B. namentlich gelten bei Theilung eines Guts, dem Weideservituten zustehen.

Es frägt sich aber, ob nicht die Eigenthümer des herrschenden Grundstücks von dem Princip, daß die Servitut nach Maßgabe der bei der Theilung der herrschenden Sache eingehaltenen Quoten zu theilen sei, nach Belieben abweichen und in dem Theilungsacte auch über die Art und Weise der Ausübung der zu dem getheilten Grundstück gehörigen Realservituten ihre Dispositionen treffen können, wie z. B. dem einen Theile des Grundstücks die ganze Servitut überlassen, dagegen dem andren sie ganz nehmen. Man[l]) hat dies mit Rücksicht auf den Satz: Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest[m]) bejahen wollen; allein dieser Satz beweist nur die eine Richtung jener Behauptung, daß einem Theil des Grundstücks die Servitut durch den Willen

l) Z. B. Gesterding, Nachforschungen B. VII Abth. 1 S. 12.
m) L. 6 de serv. 8, 1.

aller Eigenthümer entzogen werden kann, nicht auch die andere, daß diese entzogene Servitut einem andern Theil auferlegt werden kann, vielmehr würde das unter den Begriff einer Veräußerung, einer Lostrennung der Realservitut von ihrem herrschenden Grundstück fallen und möchte darum unzulässig sein. Aber auch der Richter wird bei erhobenem gerichtlichen Theilungsverfahren nicht die Befugniß haben, durch Adjudication einen größern Theil der Servitut einem Theile des herrschenden Grundstücks zuzusprechen, als solchem nach dem obigen Prinzip zukommt. Denn wie groß auch immer die Machtvollkommenheit des Richters im Theilungsverfahren ist, so kann er doch nur solche Anordnungen treffen, welche die streitenden Parteien auch möglicher Weise durch eigenes Uebereinkommen erreichen konnten, nicht aber solche, welche, wie das hier der Fall wäre, in die Rechtssphäre dritter Personen, in die Lage des dienenden Grundstücks eingreifen. Denn da nun jeder dieser Theile selbständig durch Nichtgebrauch erlöschen kann, so kann es für das dienende Grundstück wohl von Wichtigkeit sein, wie groß der Umfang jeder der mehreren Servitutbefugnisse ist. Nur die Art und Weise, wie jeder den ihm ipso jure mit einem Theil des Grundstücks zufallenden Theil der Servitut auszuüben hat, muß im Theilungsverfahren geregelt, und also bestimmt werden, wie z. B. eine dem Ganzen zustehende Wasserleitung nun von dem einzelnen Theilhaber innerhalb bestimmter Zeitabschnitte oder nach einem andern Maaße zu benutzen ist[o]).

So wird denn auch das Verhältniß in l. 10 §. 4 comm. dividundo 10, 3 von **Paulus** dargestellt[p]). **Labeo** hat allgemein

---

o) In l. 10 § 1 comm. divid. wird freilich dem Richter eine viel weiter gehende Befugniß zugestanden, indem er bei Regulirung des Verhältnisses zwischen mehreren Usuaren dem einen den ganzen Usus zusprechen und den andern in Geld entschädigen lassen kann, allein dies wird ausdrücklich als eine Ausnahme hingestellt. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, — quia hoc propter necessitatem fit.

p) Aquarum iter in iudicium communi dividundo non venire, Labeo ait; nam aut ipsius fundi est, et ideo in iudicium non venit, aut separatum a fundo, divisum tamen aut mensura aut temporibus. Sed possunt iura interdum et separata a fundo esse, et nec mensura, nec temporibus divisa, veluti quum is, cuius fuerunt, plures heredes reliquit. Quod quum accidit, consentaneum est, et ea in arbitrio familiae

behauptet, eine Wasserleitung könnte niemals selbständig Gegenstand der Erörterung im gerichtlichen Theilungsverfahren sein; denn entweder sei sie ein Theil des Grundstücks, so daß wenn die dienende Sache getheilt wird, die Last von selbst dem obliegt, welcher den betreffenden von der Wasserleitung berührten Theil erhält, oder sie sei nicht ein körperlicher Theil des Grundstücks, sie liege nicht auf diesem, sei von ihm getrennt, das heißt, sie stehe dem zu theilenden Grundstück als Realservitut zu, da von ihr sonst hier gar nicht die Rede sein könnte; dann wird das allgemein für Theilung der Servituten geltende Princip in Wirkung treten und die Servitut spaltet sich, sie wird nach Zeit oder Maaß getheilt den verschiedenen Interessenten zufallen. Labeo hat bei diesem Ausspruche eben im Auge, daß der Richter doch jenes Princip nicht umstoßen, nicht einem Theil etwa alle Vortheile zuwenden könne u. s. w. Paulus macht nun aber hierzu den Zusatz, diese Theilung der Ausübung nach Zeit oder Maaß sei doch noch nicht damit von selbst geschehen, daß das herrschende Grundstück getheilt sei, so namentlich nicht, wenn z. B. der seitherige alleinige Eigenthümer desselben mehrere Erben hinterlassen habe. Hier müßte in dem iudicium familiae herciscundae, wo das herrschende Grundstück getheilt werde, Rücksicht auf die Ausübung der Servitut genommen werden, und ebenso beim iudicium communi dividundi, und darum eine Theilung nach Zeit oder Maaß vor sich gehen. Deßhalb kann ja auch dann, wenn die etwa unterlassen ist, wie wir früher schon erwähnten, ein utile iudicium communi dividundo lediglich zu dem Zwecke der Regelung der Ausübung derartiger Servituten, die an einer und derselben Sache bestehen, erhoben werden.

Nach dieser Auffassung möchte die von dem sonst so scharfsichtigen Labeo aufgestellte Behauptung nicht so ganz aus der Luft gegriffen und haltungslos sein, wie man sie von anderer Seite hat darstellen wollen, und wir brauchen daher nicht mit Schrader q) zur Entschuldigung derselben rechtsgeschichtliche Vermuthungen zu

---

erciscundae venire; nec videre, inquit Pomponius, qua re minus in communi dividundo iudicio venit, ut praefata iura aut mensura, aut temporibus dividantur.

q) Civilrechtliche Abhandlungen S. 300.

Hülfe zu nehmen. Derselbe folgert nämlich aus dieser Stelle, die Servitut sei in älterer Zeit bei Zertheilung des herrschenden Grundstücks gar nicht getheilt, sondern die Ausübung habe nur durch Vereinigung aller Berechtigten vor sich gehen können. Eine derartige Auffassung steht, wie wir oben zeigten, mit dem Wesen der Realservituten in Widerspruch, und wenn sie überhaupt je gegolten haben sollte, so hat sie gewiß frühe einem geläuterten Rechtsbegriffe Platz gemacht.

Wenn nach der seitherigen Darstellung jeder Eigenthümer die Servitut beanspruchen kann, so folgt daraus schon, daß der Pfandgläubiger, wie er eine rei vindicatio utilis hat, um sein Recht zur Veräußerung der körperlichen Sache durchzusetzen, so auch eine vindicatio servitutis utilis haben muß [r]), um hinsichtlich der Servituten, welche der verpfändeten Sache zustehen, und welche, da sie auf jeden Erwerber der Sache übergehen, auch mit dieser nothwendig veräußert werden müssen, sein dadurch herbeigeführtes Veräußerungsrecht, falls es bestritten wird, zur Anerkennung zu bringen. Hat er zugleich das herrschende Grundstück als Faustpfand inne, so hat er einen Anspruch darauf, dasselbe in seinem ganzen Umfange zu besitzen, und dazu gehören auch die durch Servitutbestellung künstlich erzeugten Eigenschaften desselben [s]).

Aus dem Umstande, daß die Realservitut als Qualität der herrschenden Sache aufgefaßt wird und darum mit dieser untrennbar verbunden ist, folgt weiter, daß sie auch in der Hinsicht das Schicksal derselben theilt, daß wer einen dinglichen Anspruch auf Benutzung des herrschenden Grundstücks hat, auch einen ähnlichen Anspruch auf Benutzung der Servitut machen kann, jedoch nur soweit, als zur Gewinnung der ihm gestatteten Nutzung die Ausübung der Servitut beitragen kann. In unsern Quellen wird ein Recht auf die Servituten ausdrücklich zugesprochen dem Innehaber einer Emphyteusis [t]) und dem Usufructuar [u]); es unterliegt aber keinem Zweifel, daß der Superficiar hierin gleich steht, sowie auch der Usuar, wenn

r) L. 16 de serv. 8, 1; l. 9 de oper. novi nunt. 39, 1.

s) L. 1 § 5 de remission. 43, 25.

t) L. 16 de serv. 8, 1.

u) L. 1 pr. l. 5 de usufr. 7, 6.

nur die Servitut eine Befugniß verleiht, welche innerhalb der dem Usuar zustehenden Berechtigung fällt. So kann er z. B. das Recht beanspruchen, auf den Wegen zu gehen, die zu dem im usus stehenden Grundstück führen, mögen sie auch erst durch Servitutbestellung diesem erworben sein; dagegen kann er, wenn er überall das Recht nicht hat, Vieh auf dem Grundstück zu halten, auch nicht die Weidegerechtigkeiten auf andern Grundstücken in Anspruch nehmen. Eine gleiche Grenze wird es aber auch für den Usufructuar geben, indem er z. B., da ihm alle größere Veränderungen der Gebäude untersagt sind, nicht eine Servitut beanspruchen kann, vermöge deren man eine Maschine auf des Nachbars Grundstück aufstellen darf, die bei größeren Bauarbeiten, aber auch nur bei solchen gebraucht wird[v]). Diesem analog möchte ferner jedem Servitutberechtigten ein Anspruch auf Theilnahme an der Ausübung derjenigen Servituten zustehen, welche dem ihm dienenden Grundstück angehören, nur immer vorausgesetzt, daß die ihm durch die Servitut verliehene Befugniß die Benutzung auch dieser Eigenschaft der ihm dienenden Sache nöthig macht. Wer z. B. die servitus arenae fodiendae hat, bedarf eines Wegs, um zu dem Lagerungsort des Sandes zu kommen, und um den gewonnenen Sand abzufahren, und kann daher die dem Grundstück zustehende Wegegerechtigkeit zu diesem Zweck ausüben. Nur ist erforderlich, daß die Servitut nicht so beschränkt constituirt ist, daß sie etwa, wie das möglich wäre, ausschließlich nur von der Person des jedesmaligen Eigenthümers ausgeübt werden könnte, sondern daß die Eigenschaft so allgemein der Sache erworben ist, daß sie einer weitern Benutzung eines jeden fähig ist, der sie nomine fundi dominantis vornimmt.

Hinsichtlich des Emphyteuten werden wir unten [§ 34] den Nachweis zu führen suchen, wie er für die Dauer der Emphyteusis alleiniger Innehaber der Herrschaft über den Körper der emphyteutischen Sache ist, und demnach wird er auch so lange der ausschließlich Berechtigte für die dieser Sache zustehenden Realservituten sein, zu deren Schutz er dieselbe Klage, welche sonst der Eigenthümer hat, als eine actio utilis anstellen kann[w]). Anders verhält es sich

v) Eine derartige Servitut wird erwähnt in l 1 § 8 de mortuo inf. 11, 8.
w) L. 16 de serv. 8, 1.

dagegen hinsichtlich derer, die an der herrschenden Sache nur einen Usufruct oder eine sonstige Servitut haben. Denn ihrer ungeachtet bleibt das Recht des Eigenthümers auf die an seine Sache geknüpften Servituten völlig in Kraft, nur daß er in der Ausübung soweit beschränkt ist, als dadurch das Recht jener auf die ihnen mitüberlassenen künstlichen Eigenschaften der Sache beeinträchtigt wird. Er hat darum auch nach wie vor seine Servitutenklage, während jene, wenn sie an Ausübung solcher Realservituten behindert werden, welche mit der ihnen dienenden Sache verbunden sind, und auf die sie nach dem Obigen einen Anspruch haben, ihre aus dem Usufruct oder der ihnen zunächst zustehenden Servitut fließenden Klage als actio directa wegen Verletzung ihrer Servitutbefugniß anstellen müssen[x]). Wichtige praktische Folgen dieser verschiedenen Behandlungsweise werden wir im § 34 erwähnen.

§. 12.
Die Personalservituten.

Wir haben schon in der Einleitung den Usufruct als die erste Bildung auf dem Gebiete der Personalservituten dargestellt und den Entstehungsgrund desselben darin gefunden, daß es häufig wünschenswerth war, für die Lebensdauer einer Person ein Verhältniß herzustellen, welches ihr die factischen Vortheile des Eigenthums gewährte, ohne daß ihr darum dies ganz zufiel und andern entzogen wurde. Ein wesentliches Merkmal dieser Servitut ist daher die Beendigung derselben durch den Tod des Berechtigten, und darin folgen ihr denn auch alle andere Servituten, welche nicht Realservituten sind[a]), und unterscheiden sich dadurch von fast allen Vermögensrechten. Sie stehen nur der physischen Person, nicht dem mit derselben verknüpften, aber über deren Leben hinaus fortdauernden Vermögen zu. Eine nothwendige Folge ist denn, daß niemand über eine ihm zustehende Personalservitut für die Zeit nach seinem Tode verfügen kann[b]).

x) L. 1 pr. l. 5 § 1 si ususfr. petatur 7, 6.

a) Ob und wie weit dies auf Grund der l. 2 de ususfr. legato 33, 2 für die Servitut der operae servorum eine Ausnahme erleidet, wird unten in dem besondern Abschnitt über diese Servitut näher zu besprechen sein.

b) L. 24 § 1 de leg. I. 30.

Die Personalservituten haben also immer von vorne herein den Todeskeim so in sich, daß man ihren Untergang stets schon bei ihrer Errichtung voraussehen kann, und deßhalb gewöhnten sich die Römer daran, diese Rechte ganz abweichend von fast allen andern Rechten als etwas Vorübergehendes anzusehen, das stets ja nur einen von vorne herein begrenzten Zeitraum dauern werde. Hieraus ist es meistens zu erklären, wenn für die Personalservituten, auch abgesehen von jenem Erlöschen beim Tode des Berechtigten, eine Reihe von Endigungsarten existieren, welche den Realservituten fremd geblieben sind. Auf der andern Seite hat hierzu aber auch eine im Römischen Recht nie ganz untergangene Auffassungsweise mitgewirkt, vermöge deren die Personalservituten mehr ein Product der Willkühr sind und darum auch viel weniger begünstigt werden dürfen, als die Realservituten[c]), trotzdem daß von diesen doch auch nur die ältesten aus einer innern Nothwendigkeit oder einem dringenden Bedürfniß hervorgegangen sind. Allein gerade an diesen älteren Bildungen hatte sich die Theorie der Realservituten entwickelt und wurde dann auf alle Arten gleichmäßig angewandt.

Da nun die Dauer der ganzen Personalservitut durch die Lebensdauer des Berechtigten bestimmt wird, so folgt daraus, daß der Inhalt einer jeden Personalservitut von der Indivitualität desselben abhängig ist, und weiter, daß sie, wenn sie von dieser gänzlich getrennt auf gleiche Weise an die Person eines andern Berechtigten geknüpft werden könnte, zu einem ganz andern Rechte werden müßte, und solches daher auch nur unter denselben Bedingungen und Formen geschehen kann, wie sie zur ersten Constituirung eines derartigen Rechts erfordert werden. Nur für den Fall, wo ein Haussohn einen Usufruct erworben hat, ist durch Justinian in l. 17 C. de usufr. 3, 33 eine abweichende Regel aufgestellt.

Es war nämlich eine alte Streitfrage der klassischen Jurisprudenz, ob in diesem Falle, und in dem, wo ein Sklave eine solche Servitut erworben hatte, nur beim Tode und bei der hier gleich

c) So wird z. B. in l. 20 § 2 de S. P. U. 8, 2 von Paulus auseinandergesetzt, wie in einem Falle unter denselben Voraussetzungen eine Realservitut nicht erlösche, wohl aber ein Usufruct, „nam alioquin, si quid strictius interpretatur".

wirksamen capitis deminutio des eigentlich berechtigten Vaters oder Herrn die Servitut erlösche, oder ob auch aus der Person des Haussohns oder des Sklaven, welcher dieselbe erworben hatte, die Endigungsgründe eintreten könnten[d]). Justinian bestimmt nun, daß weder irgend eine Capitis Deminution des Sohnes, nach dessen Tod die Servitut dem Vater entziehen solle, und ebenso dem Herrn weder der Tod noch die Freilassung oder Veräußerung des Sklaven. Während also nach dieser Entscheidung der Vater als der ausschließlich Berechtigte gilt, und consequent demnach auch die Servitut mit seinem Tode oder seiner Capitis Deminution erlöschen müßte, soll doch, wie Justinian weiter vorschreibt, dies nicht der Fall sein, sondern dieselbe in solchem Falle beim Sohne fortdauern, auch wenn er nicht der Erbe des Vaters ist. Als Grund dafür wird angegeben, daß es meistens wahrscheinlich sei, daß der Testator die Servitut mehr aus Rücksicht für den Sohn als für den Vater hinterlassen habe. Diese Begründung zeigt, daß Justinian besonders an den Fall der testamentarischen Errichtung einer Personalservitut gedacht hat, wo sie nach sonstigen Grundsätzen dem Peculium adventitium des Sohnes zufallen mußte, und demnach bezweckt diese Entscheidung die Herstellung eines Verhältnisses, das dem Resultat nach mit dem übereinstimmt, welches hinsichtlich der übrigen Sachen des Peculium adventitium besteht: der Vater bezieht Zeit Lebens die Nutzungen, dem Sohne wird aber die von ihm erworbene Sache reserviert[e]). Das Anomalische des Verhältnisses liegt dann nur darin, daß der Ususfruct auch über die Lebenszeit des Sohnes fortdauert und dann ganz als ein Ususfruct des Vaters erscheinen kann; allein diese Anomalie ist daraus hervorgegangen, daß Justinian, wie er im Anfang seiner l. 17 sagt, zunächst die aus den Sabinianischen Büchern überlieferte Controverse entscheiden wollte, und nun diesen alten Streit, der zur Voraussetzung hatte, daß der Haussohn nichts für sich erwerben konnte, mit der Entwicklung des neuern Peculienrechts in Verbindung brachte.

Gerade dieser Vermischung wegen und bei der so allgemein gehaltenen Fassung des dispositiven Theils dieser Constitution müssen

---

d) Hierauf beziehen sich Fragm. Vat. § 57; l. 5 § 1, l. 18 quib. modis ususf. 7, 4; l. 15 C. de ususfr. 3, 33.

e) Vgl. unten § 28 a. E.

wir die obigen Vorschriften auch auf solche Fälle anwenden, wo der Haussohn auf eine andere Weise als durch letztwillige Verfügung eine Personalservitut erworben hat, ja selbst, wenn dieser Erwerb **ex re patris** oder **ex operis filii** geschehen und also ein besonderes Anrecht des erwerbenden Sohnes nach allgemeinen Grundsätzen nicht anzunehmen wäre f). Nur wo dieser als ein gewöhnlicher Stellvertreter erscheint, wird eine Ausnahme zu machen sein, und ebenso nach der andern Seite hin da, wo der Erwerb für das castrensische oder quasicastrensische Peculium geschieht.

Das ganze Gesetz Justinians kann aber nur die Absicht haben, Interpretationsregeln für diese Fälle aufzustellen, und die Constituenten können daher durch ausdrückliche Willenserklärung die Dauer der Personalservitut auch anders normieren. Denn wie später ausgeführt werden wird, hat jede beigefügte Zeitbestimmung oder Resolutivbedingung völlige Kraft, und deßhalb kann denn auch bestimmt werden, daß der Vater den Ususfruct nur solange haben solle, als der Sohn lebe, oder nicht emancipirt sei, und der Herr nur solange, als der Sklave nicht verkauft sei u. s. w.

Der unmittelbare Zusammenhang der Personalservituten mit dem physischen Menschen auf dessen Sterblichkeit ja das ganze Institut von vorne herein basirt ist, läßt erkennen, wie die Zulassung desselben für juristische Personen keineswegs schon eine nothwendige Folge der Rechtsfähigkeit dieser letztern ist. Eine Erwerbung von Personalservituten durch Geschäfte unter Lebenden war denn auch Anfangs für sie unmöglich, weil die dazu nöthige Form für sie unanwendbar war, indem sie durch ihre Sklaven keine in **jure cessio** vornehmen konnten g); wohl aber scheint es, daß sie, sobald einmal ihre Fähigkeit in Testamenten bedacht zu werden, anerkannt war, auch schon frühe als Subjecte von Personalservituten zugelassen wurden. Das bot nun auch wenig Schwierigkeiten, wenn ein bestimmter Endtermin, wie solcher den Personalservituten immer beigefügt werden kann, im Testament festgesetzt war, und wird das, so lange derartigen

f) Donell im Commentar Buch 10, Kap. 17 § 17 und andere das folgern Gegentheil.

g) Vgl. v. Savigny Syst. Bd. II. S. 289.

Verfügungen erst Bahn gebrochen werden mußte, immer geschehen sein. Seitdem einmal dadurch anerkanntes Recht geworden war, daß eine Corporation Innehaberin eines Usufructs sein könne, mußte in solchem Falle, wo die Zufügung eines Endtermins unterlassen war, bei der meistens unendlichen Dauer der Corporationen oder der doch wenigstens sehr geringen Hoffnung auf den Untergang derselben eine derartige Servitut einer immerwährenden Veräußerung der bestimmten Befugniß gleichkommen, was doch für den gewöhnlichsten Fall, für den Ususfruct gewiß nicht die Absicht des Testators gewesen sein wird, da damit dem Eigenthümer der ganze Nutzen der Sache für immer entzogen, und deßhalb ein Legat der Sache selbst viel zweckmäßiger gewesen wäre[h]). Da aber einmal die Zulässigkeit des Ususfructs für juristische Personen anerkannt war, half man sich hier durch folgende Argumentation; der Ususfruct zu Gunsten einer Corporation solle ein ähnliches Verhältniß herstellen, wie der zu Gunsten einer physischen Person errichtete; solche lebe aber höchstens hundert Jahre, und also dürfe auch ein Ususfruct zu Gunsten einer Corporation nicht über hundert Jahre dauern[i]). Dasselbe Bestreben, einen derartigen Ususfruct möglichst dem einer physischen Person constituirten Ususfruct zu accommodiren, veranlaßt Aemilius Macer in l. 68 pr. ad leg. Falc. 35, 2, nachdem er in seiner Tabelle über die wahrscheinliche Lebensdauer, welche bei Berechnung der Falcidischen Quart für Legate eines Ususfructs oder lebenslänglicher Alimente zu Grunde gelegt werden soll, zu dem Resultat gelangt ist, daß niemals für einen längeren Zeitraum als 30 Jahre die Fortdauer des Lebens vermuthet werden dürfe, folgenden Schluß aufzustellen:

Sic denique, et si Reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.

Diese lediglich aus jenem Streben zu erklärende Bestimmung

---

h) Gaius stellt in l. 56 de usufr. dieselben Zweifelsgründe auf, fügt aber dann hinzu: Sed tamen placuit, dandam esse actionem.

i) L. 56 de usufr.; l. 8 de usufr. legato 33, 2 Papinian in l. 66 § u. de leg. 33 ll. 31 scheint diese Ansicht nicht zu theilen, denn zur Rechtfertigung der Gültigkeit eines solchen Legats sagt er nur, die Corporation könne ja den Ususfruct durch Nichtgebrauch verlieren.

ist um so auffallender, als es verhältnißmäßig nun sehr wenig Gründe giebt, die ein früheres Erlöschen der für hundert Jahre constituirten Servitut wahrscheinlich machen und daher durch Anwendung jener Berechnungsweise nur zu häufig Unbilligkeiten entstehen können. Freiwilliger Verzicht, Nichtgebrauch der Servitut Seitens der berechtigten Corporation[k]), Untergang derselben[l]) oder wenigstens gänzliche Veränderung ihres rechtlichen Charakters[m]) möchten die einzigen Gründe sein, welche einen solchen einer Corporation allgemein bestellten Ususfruct möglicher Weise aufheben werden.

Mehrere ältere Juristen[n]) haben behauptet, diese Regeln seien unanwendbar für den Fall, wo dem Fiskus eine derartige Personalservitut bestellt sei; weil ein Untergang desselben rechtlich undenkbar sei. Allein sie verkennen, wie obige Bestimmungen über die Dauer der Servitut keineswegs mit der muthmaßlichen Dauer der Corporation zusammenhängen, sondern nur bezwecken, eine charakteristische Eigenschaft der Personalservituten, den Untergang nach einem Menschenleben, auch hier zu wahren. Und solches kann daher auch bei Servituten des Fiskus eine Beschränkung auf eine bestimmte Zeit nöthig machen.

Dieser letztere Gesichtspunkt muß uns auch bei Beantwortung einer andern Frage einen Anhalt gewähren. Alle Stellen, welche von Personalservituten zu Gunsten einer Corporation reden, erwähnen nur den Ususfruct, und es frägt sich, ob dieser hier als Repräsentant der ganzen Klasse steht, oder ob diese Regeln nur für ihn allein gelten sollen. Der Ususfruct hat, wie wir später sehen werden, auch wieder eine doppelte Bedeutung, er ist einmal die Befugniß, den g a n z e n Fruchtertrag und die g a n z e Nutzung einer Sache zu beziehen, und dann auch wieder nur die auf andere übertragbare Berechtigung, eine einzelne bestimmte Handlung mit der belasteten Sache vorzunehmen. Gilt nun die obige Regel nur für den Ususfruct, so gilt sie auch nur

---

k) L. 66 § u. de legat. II. 31.

l) L. 21 quibus modis ususfr. 7, 4.

m) Das dürfte die Bedeutung sein, wenn G a i u s in l. 56 de ususfr. 7, 1 von einem solchen einer Corporation constituirten Ususfruct sagt, neque morte, nec *facile capitis deminutione* periturus est.

n) *Cujacius* Recitationis ad l. 8 de ususfr. leg. 33, 2; *d'Avezan,* servitutum liber. Aureliae 1650. Pars VIII. 4. S. 460.

für ihn in jener ersten Bedeutung, indem der Grund, warum man sie für die andern Personalservituten ausschließen könnte, auch für diese auf bestimmte einzelne Handlungen beschränkte Berechtigungen anwendbar ist. Man könnte sich nämlich darauf berufen, daß Gaius in den beiden Stellen, welche von dieser Beschränkung auf hundert Jahre sprechen, das Hauptgewicht darauf legt, daß ohne eine derartige Beschränkung das Eigenthum ohne jeden Werth (inutilis) wäre, weil fast alle daraus fließenden Befugnisse in den Händen des Usufructuars seien. Das würde aber z. B. nicht der Fall sein, wenn einer Gemeinde nur eine Wegegerechtigkeit über ein Grundstück bestellt sei, wo das Eigenthum an diesem Grundstück doch noch immer einen hinlänglichen Werth behalten könne, und deßhalb müsse eine solche Servitut, wenn bei Constituirung derselben nichts anders bestimmt sei, für ewige Zeiten dauern. Eine solche Annahme würde noch dadurch unterstützt werden, daß da, wo zu Gunsten von Corporationen den Erben jährliche Präſtationen auferlegt werden, bestimmt wird, diese Verpflichtung solle „in perpetuum" dauern[9]). Allein eben jener Umstand, daß die Personalservituten zu Gunsten physischer Personen die Vorbilder sind, nach denen sich alle Servituten zu Gunsten von Corporationen ausbildeten, wird auch für alle diese Fälle jene temporäre Beschränkung nöthig machen. Man könnte uns freilich entgegenhalten, daß, wenn auch nicht bei juristischen Schriftstellern, so doch in den Schriften der Agrimensoren sehr häufig die öffentlichen Wege unter den Gesichtspunkt einer dem Volke zustehenden Servitut, d. h. natürlich einer Personalservitut, gebracht werden und dies Verhältniß denn doch sich erlich eine immerwährende Dauer haben mußte; allein die wahre Bedeutung des „iter populo debetur", und daß hier nicht die juristische Corporation, sondern die einzelnen Glieder des Volks in eigener Person die Subjecte der Servitut sind, das auszuführen, muß ich dem sechsten Kapitel, wo ich von den servitutähnlichen Verhältnissen handeln werde, vorbehalten.

Eine Personalservitut zu Gunsten einer hereditas jacens mag wohl niemals in Frage kommen; nur die Laune eines nach juristischen Problemen haschenden Testators könnte sie schaffen wollen, und sie wird dann als ein Legat des Usufructs zu Gunsten des Erben

---

9) L. 20 de annuis legat. 33, 1.

aufzufassen und darum gültig sein. Auch wird in unsern Quellen der Fall, wenn dem Sklaven einer solchen hereditas jacens ein Usufruct vermacht ist, dahin entschieden, daß der Erbe nach Antretung der Erbschaft den Usufruct für seine eigene Person erwerbe, weil der dies cedens für das Legat des Usufructs nicht sofort erfolge, sondern mit dem dies veniens zusammenfalle[p]). Eine Erwerbung eines Usufructs für die hereditas jacens durch Geschäfte unter Lebenden, welche ein Erbschaftssklave unternahm, werden aber bestimmt als unmöglich erklärt, und zwar weil der Usufruct „sine persona constitui non potest" [q]); und selbst eine bedingte Stipulation auf Leistung eines solchen Usufructs war ungültig, „quia", wie Paulus in l. 26 de stipul. serv. sagt „ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit".

Das Erlöschen mit dem Tode des Berechtigten ist das charakteristische Kennzeichen und die wesentlichste Bedingung einer Personalservitut, von welcher auch Privatwille niemals Abweichungen schaffen darf. Dagegen können aber die faktischen Folgen dieses Erlöschens möglicher Weise aufgehoben und ein Verhältniß hergestellt werden, welches für die Erben denselben Werth hat, den die Vererblichkeit der Servitut haben würde. Da nämlich eine Personalservitut unter einer Suspensivbedingung bestellt werden kann, so ist immer die Möglichkeit vorhanden, in derselben testamentarischen Disposition oder demselben sonstigen Rechtsgeschäft, durch welches eine solche Servitut constituirt wird, zugleich eine eventuelle für den Fall des Erlöschens jener ersten in der Person des Berechtigten zu Gunsten seiner Erben zu errichten, und ersehen wir denn auch aus den Quellen, wie diese schon bei den Römern vorkam [r]). Gründe, die man gegen eine weitere Anwendung dieser eventuellen Servituten aus den Sätzen des ältern Rechts entnehmen könnte, wonach niemals ein Rechtsgeschäft so abgeschlossen werden durfte, daß es möglicher Weise nur nach dem Tode des Erwerbers wirken und eine Klage erzeugen

---

p) L. 26 de stipul. servo. 45, 4.

q) L. 61 de acquir. rer. dom. 41, 1; l. 26 de stipul. serv. 45, 3; Vat. fragm. § 55.

r) L. 5 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4; l. 39 § 4 de leg. I. 30.

konnte [s]), und weiter, wonach jemand in seinem Testamente nicht so Vermächtnisse aussetzen konnte, daß ihm unbekannt blieb, wer sie empfangen würde, [Verbot der Honorirung non personae incertae] [t]), sind im neuern Rechte weggefallen [u]) und scheinen, wie jene einzelnen in den Quellen erwähnten Beispiele von eventuellen Servituten für die Erben vermuthen lassen, niemals mit ganzer Strenge hier angewandt zu sein. Auf jeden Fall wird man aber jetzt nicht nur eine Servitut zu Gunsten des ersten Erben zulassen müssen, sondern die Consequenz fordert, daß man nun auch zu Gunsten der Erben des Erben u. s. w. von Anfang an eventuelle Servituten errichten kann, und möglicher Weise eine so unendliche Reihe von Servituten constituirt wird, daß alle Rechtsnachfolger des zunächst Berechtigten einstmals solche erhalten.

Es frägt sich aber, wie sich hierzu Justinians Verordnung in l. 14 C. de usufr. et habit. 3, 33 verhalte. Er spricht darin von dem Fall, wo nur die nuda proprietas einem Legatar vermacht war, und dagegen der Usufruct dem Erben verbleiben soll [v]), und will dadurch alte hierüber vorhandene Streitigkeiten abschneiden [w]). Weil nämlich, wie Ulpian in l. 65 de V. S. sagt, der Ausdruck

---

s) § 35 J. de leg. II, 20; § 13 J. de inutilib. stipul. III, 19; l. 11 C. de contr. stipul. 8, 38; l. un. C. ut act. ab hered. 4, 11.

t) Ulp. fragm. 24, 18; Gaius II, § 238; § 25 und §. 27 J. de leg. II, 20; l. u. C. de inc. pers. 6, 48.

u) Vgl. die angeführten Stellen aus den Institutionen und dem Coder.

v) Die Voraussetzungen giebt Justinian zwar also an: si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, *qualenus* ususfructus apud heredem maneat; allein man darf nicht mit G. F. Puchta [Vorlesungen über das heutige röm. Recht § 189] übersetzen, der Legator solle die Proprietät nur so lange haben, als der Erbe den Usufruct habe; denn ein solches Legat wäre ohne allen Vortheil und darum ungültig gewesen, und hätte aus diesem Grunde verworfen werden müssen. Vielmehr zeigt die ganze folgende Ausführung, daß der Sinn ist, der Legator solle die Sache in so weit haben, daß der Usufruct bei den Erben zurückbleibe. Die Beziehung von *quatenus* auf die Zeit ist auch keineswegs die ausschließliche, sondern die auf den Grad ist ebenso häufig. Vgl. *Dirksen*, Manuale Latinitatis.

w) Auf diesen Streit weisen die Worte von Julian in l. 4 si usufr. petat. 7, 6 hin: licet *placeat*, quum detracto usufructu fundus legatur, apud heredem usumfructum esse.

heres sich nicht bloß auf den nächsten Erben, sondern auch auf alle, die jemals direct oder indirect Erben jemandes werden konnten, bezog, so wollten einige in jener Verfügung die Errichtung von Ususfructen zu Gunsten aller künftigen Erben sehen, und erklärten daher das Legat für unnütz, weil der Honorirte weder selbst, noch jemals seine Erben Vortheil daraus ziehen konnten, wenn die Nutzung immer andern zustand. Justinian verwirft diese Auffassungsweise und will den Ususfruct in der Person des ersten Erben enden lassen, so daß von dessen Tode oder Verzicht u. s. w. an die Sache consolidiert und der Legatar Nutzen aus dem Vermächtniß zu ziehen beginnt. Justinian giebt hier also nur eine gesetzliche Interpretation des Willens des Testators, für welche auch allerdings sehr viele innere Gründe sprechen. Seine Motivirung derselben lautet aber also:

> Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemtione ususfructus ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum saucientes, huius modi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus.

Daraus geht hervor, daß ihm ein rechtes Verständniß der Streitfrage ganz abging, indem er glaubte, es handele sich um Fortdauer eines und desselben Ususfructs bei allen spätern Erben, während doch wohl nur die Constituirung eines besondern für jeden derselben behauptet war. Daß dieses, was doch nach den sonstigen Grundsätzen des neuern römischen Rechts zulässig war, fortan verboten sein soll, spricht er demnach auch nicht aus, und wo daher die Constituenten Ausdrücke gebraucht haben, die Justinians Interpretationsregel unanwendbar erscheinen und den bestimmten Willen erkennen lassen, daß auch die Erben der Erben oder alle Rechtsnachfolger die Personalservituten genießen sollen, wird eine Ungültigkeit derartiger Dispositionen nicht behauptet werden können.

Es läßt sich nicht leugnen, daß durch ein solches Verhältniß, welches, wie gesagt, dem Effecte nach der Vererblichkeit der Personalservitut gleich steht, namentlich wenn es sich um einen Ususfruct handelt, der alle Nutzungen der Sache ergreift, das Eigenthum für

immer zu einem werthlosen gemacht, und dies möglicher Weise zu mancherlei Mißbrauch und zum Nachtheil öffentlicher und Privat-Interessen benutzt werden könnte; allein das rechtfertigt uns nicht, um diese durch die Consequenz gebotene Zulässigkeit der Servitut-errichtung zu Gunsten späterer Rechtsnachfolger leugnen zu dürfen und wollte man diese Regel auch in so weiter Ausdehnung nicht zulassen, so bliebe die Schwierigkeit, eine Grenze dafür zu finden. Gesteht man zu, daß man für seinen Erben einen Ususfruct erwerben kann, so muß man es auch für den Erben seines Erben, und bei welcher Generation das aufhören soll, läßt sich nicht ermitteln. Ob aber die positive Gesetzgebung hier nicht Veranlassung zur Aufstellung beschränkender Grundsätze finden könne, ist eine andere Frage.

Drittes Kapitel.

Beschaffenheit der belasteten Sache.

§. 13.

Die belastete Sache darf dem Verkehr nicht entzogen sein.

Daß die dienende Sache eine wirklich existierende körperliche Sache sein muß, möchte sich schon aus der seitherigen Begriffsbestimmung der Servitut mit Nothwendigkeit ergeben[a]); sodann ist es aber auch nöthig, daß dieselbe nicht dem Verkehr und der Privatdisposition entzogen ist, namentlich daß sie nicht divini juris ist. Es versteht sich von selbst, daß einer solchen Sache, nachdem sie in dies Verhältniß getreten ist, keine Servitut mehr auferlegt werden kann, da dazu ja nur der Eigenthümer, d. h. bei den res sacrae und religiosae die betreffende Gottheit, berechtigt, solcher aber handlungsunfähig ist. Und wo der jetzige Herr eines Rechtes dasselbe aus Gründen, die auf einer Rechtsnothwendigkeit beruhen, nicht veräußern kann, da kann nach allgemeinen Regeln dasselbe auch nicht durch Verjährung erworben werden. Wohl aber könnte man es für möglich halten, daß eine Sache, die vorher mit Servituten belastet war, von ihrem Eigenthümer unbeschadet der Servitut zu einer res religiosa durch Begräbniß Verstorbener gemacht werden könnte. Allein die Ausübung einer Servitut galt als unverträglich mit der Berechtigung der Manen an demselben Grundstück, sie war gegen

---

a) Celsus in l. 2 de usufr. 7, 1: Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.

das fas[b]), und deßhalb wurde, da die Idee von der Unverletzlichkeit des Rechts doch noch stärker war, als die so große Scheu vor der Kränkung der als Götter geehrten Manen, ein solcher mit Servituten belasteter Ort überhaupt nicht religios, sondern blieb, troß des Begräbnisses, im Eigenthum dessen, dem er seither zustand[c]). Ertheilte dieser seine Zustimmung, so erlosch die Servitut, soweit die Religiosität reichte.

Diese Regeln gelten nun aber nicht nur für positive Servituten, vermöge deren man eine Handlung auf dem Grundstück vornehmen soll, sondern auch durch negative Servituten darf das Eigenthum der Manen nicht beschwert sein, trotzdem daß eine Ausübung der dadurch untersagten Handlung für das angebliche Interesse derselben wenig oder keine Bedeutung hat. So sagt Javolen in l. 4 comm. praed. 8, 4.

> Caveri, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, non potest, quia id, quod humani iuris esse desiit, servitutem non recipit; sicut ne illa quidem servitus consistere potest, ut certus numerus hominum in uno loco humetur.

Diese zunächst nur für die res religiosae gegebenen Bestimmungen möchten auch für res sacrae und sanctae analog anzuwenden sein, wie denn in der oben angeführten Stelle allgemein gesagt wird, daß eine Servitut dem nicht auferlegt werden könne, welches aufgehört habe humani iuris zu sein, und ebenso in l. 17 § 3 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3 die Zulässigkeit einer Servitut für dieselben allgemein geläugnet wird, da es gegen das fas sei, sie zu brauchen.

An den res publicae dagegen konnten wohl einzelne eine bestimmte von dem allgemeinen Benutzungsrechte verschiedene Befugniß in Folge einer Verleihung Seitens der competenten Obrigkeit inne haben; allein das römische Recht hat diese nicht dem Begriff der Servitut untergeordnet, sondern sie unabhängig davon als Real- oder Personalprivilegien behandelt. Wir werden unten bei Besprechung mehrerer servitutähnlicher Verhältnisse darauf zurückkommen.

Die res communes omnium, die Luft, das fließende Wasser und das Meer, können ihrer Natur nach nicht der ausschließlichen

b) L. 17 § 3 in f. de aqua et aq. pl. arc. 39, 3.
c) L. 2 § 8 de religiosit 11, 7.

Herrschaft Einzelner unterworfen und darum auch nicht Objecte von Servituten sein [d]); wohl aber muß man solches hinsichtlich der Meeresküste annehmen. Denn wie dieselbe dem Privateigenthume für so lange unterworfen wird, als durch ein errichtetes Gebäude eine ausschließliche Herrschaft über diesen Theil geübt werden kann [e]), ebenso muß auch eine Servitut, welche bestimmte bauliche Vorrichtungen bedarf, nachdem solche auf dem Meeresufer gemacht sind, so lange an diesem bestehen, als diese Vorrichtungen dauern. Ueber die näheren Bedingungen einer derartigen Occupation einer Servitut wird später bei der Lehre von der Entstehung der Servitut zu handeln sein.

§. 14.

Unmöglichkeit der Servitut an eigener Sache.

Die Servitut ist ihrer wesentlichen Bestimmung nach ein Recht an einer fremden Sache, und die Bestellung einer Servitut für den Eigenthümer wäre, selbst wenn sie zu Gunsten einer andern ihm gehörigen Sache geschähe, durchaus zwecklos, und darum schon hat sich dafür keinerlei Rechtsform gebildet. Es erlöscht aber auch jede Servitut durch den Erwerb der dienenden Sache Seitens des Servitutberechtigten [a]), weil ihr ein wesentliches Requisit, die Nützlichkeit, fehlt, indem sie dem Servitutberechtigten keinen andern Vortheil zu gewähren vermag, als solchen, den er sich schon vermöge seines Eigenthums verschaffen kann [b]). So war denn der Satz: *nulli res sua servit* [c]), gewiß eine der ersten unzweifelhaft feststehenden Lehren auf dem Servitutengebiete. Auch diese sprichwortartige

---

d) Ulpian sagt in l. 13 D comm. pr. 8, 4 — — mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest.

e) L. 6 pr. l. 10 de div. rer. 1, 8; l. 14, l 50 de adquir. dom. 41, 1; l. 3 und 4 ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 § 17 de flumin. 43, 12.

a) L. 5 pr. si ususfr. petatur. 7, 5

b) Die Frage ob eine Servitut erlöscht, die über mehrere zusammenhängende Grundstücke als eine einzige fortgeht, wenn eins dieser Grundstücke erworben wird, ist schon im Voraus in § 8 besprochen worden.

c) L. 26 de S. P. U. 8, 2.

Form weist schon auf sein Alter und seine allgemeine Anerkennung hin.

Das factische Verhältniß, welches oft zwischen zwei Sachen desselben Eigenthümers besteht, und vermöge dessen die Eigenschaft der einen, als ob eine Realservitut bestände, zu Gunsten der andern verwandt wird, kann aber, wenn es auch zur Zeit lediglich Ausfluß des Eigenthums ist, doch Veranlassung zur Entstehung einer Servitut werden, im Falle die Sachen aufhören, einen gemeinsamen Eigenthümer zu haben. Es kann nämlich möglicher Weise diese Befugniß an dem einen Grundstück als Pertinenz des andern erscheinen und daher dem rechtlichen Schicksal derselben als selbständige Servitut folgen, wo man denn von einer stillschweigenden Servituterrichtung zu reden pflegt. Davon wird aber erst an einem andern Orte gehandelt werden können. Ferner kann in einigen bestimmten Fällen eine Servitut, die durch den Erwerb des Eigenthums an der dienenden Sache Seitens des Berechtigten erloschen ist, bei einer Wiederveräußerung ganz in derselben Weise von selbst wieder aufleben, beziehungsweise deren Constituirung erzwungen werden, und zwar findet dies da statt, wo diese Wiederveräußerung die Erwerbung der dienenden Sache gleichsam rückgängig machen soll. So

1) wenn durch die actio redhibitoria ein Kaufgeschäft aufgelößt wurde, wodurch der Käufer eine ihm dienstbare Sache erwerben hatte[d]),

2) wenn der Servitutberechtigte eine solche durch ein Legat erhalten hat, später aber dieselbe herausgeben muß, weil das Testament als inofficios umgestoßen ist[e]),

3) wenn gegen die Erwerbung eine wirkliche in integrum restitutio stattgefunden hat,

4) wenn ein Grundstück, welches dem alleinigen Erben dienstbar ist, einem andern legirt ist, wo die Servitut durch die mit dem Erbschaftsantritt verbundene Erwerbung des Erben consolidiert, aber bei der Herausgabe an den Legatar wieder hergestellt werden darf[f]),

5) wenn dem Eigenthümer eine Sache, an der er eine Servitut

d) L. 31 § 3 de aedil. edicto 21, 1.

e) L. 57 de usufr. 7, 1.

f) L. 116 § 4 de leg. I. 30; l. 18 de serv. 8, 1.

hat, zur dos gegeben wird, wo ebenfalls nach Auflösung der Ehe mit der Herausgabe der Sache auch die Servitut wieder auflebt[g]).

Wenn jemanden eine Servitut unter einer Bedingung bestellt ist, und er erwirbt, während die Bedingung schwebt, das Eigenthum an der eventuell dienenden Sache, veräußert solches aber vor dem Eintritt der Bedingung, so entsteht die Frage, ob dadurch der Bestand der Servitut verändert sei. Julian beantwortet sie in l. 34 de usufr. 7, 1 für den Fall, wo die Servitut unter einer Bedingung legirt ist, dahin, daß der Legator solche nach Eintritt der Bedingung dennoch geltend machen könne, und folgert daraus, daß für den Fall, wo zweien ein jährlich abwechselnder Ususfruct legirt sei, also eigentlich eine Reihe von Usufructen vorliege, die erst nach Ablauf von bestimmten Fristen anfangen und dann stets nur ein Jahr dauern sollen, derjenige von den beiden Berechtigten, welcher die dienende Sache erwirbt, zwar die Servitut für dieses Jahr verliere, solche aber in den spätern ihm zufallenden Jahren wieder beanspruchen könne, wenn er nur die Sache bis dahin wieder veräußert habe. Diese Entscheidung wird auch da, wo die bedingte Servitut nicht durch Legat entstanden ist, anzuwenden sein, und nur in so fern wird sie häufig eine Modifikation erleiden müssen, als der, welcher eine Sache verkauft hat, dafür einstehen muß, daß dieselbe nicht mit einem Usufruct belastet wird. Wollte er deßhalb selbst solchen geltend machen, so wird ihm meistens eine exceptio doli entgegengesetzt werden können.

Aehnliche Verhältnisse werden nun auch umgekehrt stattfinden, wenn die Servitut Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache erworben ist und diese Erwerbung rückgängig wird[h]).

Jener Grund, aus dem wir oben den Satz, nulli res sua servit ableiteten, wird nun aber in dem Fall keine durchgreifende Kraft haben, wo einer von mehreren Miteigenthümern eine Servitut beansprucht, indem es diesem vielerlei Vortheile gewähren kann, wenn er neben seinem Miteigenthum noch durch eine Servitut den übrigen Miteigenthümern gegenüber ein Recht auf eine ausschließliche Befugniß in Anspruch nehmen kann. Bei dem Usufruct und andern

---

g) Arg. leg. 78 de jure dotium 23, 3.
h) L. 116 § 4 de leg. I. 30.

positiven Servituten leuchtet das schon von selbst ein, aber auch für negative Servituten ist das richtig, trotzdem daß ohne die Zustimmung jedes Einzelnen ein Haus z. B. nicht höher gebaut werden darf[i]). Thut aber ein Miteigenthümer dieses dennoch, so hat der andere aus dem Miteigenthum nur einen, im iudicium communi dividundo geltend zu machenden, persönlichen Anspruch auf Ersatz etwaigen Schadens[k]); hat er aber eine servitus altius non tollendi an der gemeinsamen Sache, so kann er daneben auch noch mit seiner Servitutenklage immer auf Niederreißung des Gebauten und auf Ersatz klagen. Demnach kann also jeder Miteigenthümer ein genügendes rechtliches Interesse an der Bestellung einer Servitut an dem gemeinsamen Acker haben; wenn solche gleichwohl unmöglich ist, so ist das ein Rechtssatz, der nicht sowohl in den Lebensverhältnissen basiert ist, denen er fast widerstreitet, sondern der rein eine Folge mangelhaft ausgebildeter Rechtsformen, und darum auf Rechnung der Jurisprudenz zu setzen ist. Weil nämlich, um ein anderwärts zu findendes Resultat hier vorweg zu nehmen, den theilweise Errichtung einer Servitut mit Ausnahme des Usufructs als eine Unmöglichkeit aufgefaßt wird, und weil darum bei Bestellung einer Servitut an einer gemeinsamen Sache alle Miteigenthümer ebenso mitwirken müssen, als ob jeder einzelne alleiniger Eigenthümer sei, dagegen sich aber für die Errichtung einer Servitut zu Gunsten des Eigenthümers selbst keine Form bilden konnte; so folgerte die Jurisprudenz, die Erfüllung jenes Requisits, daß alle Eigenthümer mitwirken müßten, sei für diesen Fall eine Unmöglichkeit, und deßhalb könne überhaupt keine Servitut an einer gemeinsamen Sache bestellt werden[l]). Bei dem Usufruct, wo die Möglichkeit der Errichtung zu intellectuellen Theilen angenommen wurde, konnte diese Schwierigkeit nicht entstehen, und die Miteigenthümer können ihnen immerhin für ihren Theil an der Sache einem andern Miteigenthümer bestellen. Für den Theil, welcher diesen Usufructuar selbst inne hat, entsteht er dann freilich auch nicht, und für diesen ist das Eigenthum unbeschwert[m]). Ebenso

i) L. 11 si serv. vind. 8, 5.
k) L. 26 de S. P. U. 8, 2.
l) L. 6 § 3 comm. pr. 8, 4; l. 26 de S. P. U. 8, 2.
m) L. 30 § 1 de S. P. U. 8, 2; l. 10 usufr. quemadm caveat 7, 9.

erlöscht der Ususfruct für einen ideellen Theil, wenn der Usufructuar diesen zum Eigenthum erwirbt, weil er für diesen Theil jeden Nutzen verloren hat und der Usufruct, wie er theilweise entstehen, so auch theilweise erlöschen kann.

Daß nun aber, vom Usufruct abgesehen, wirklich nur der Mangel einer geeigneten Errichtungsform, nicht aber innere, in dem Verhältnisse selbst ruhende Gründe jenen Satz entstehen ließen, eine Servitut könne nicht zu Gunsten eines Miteigenthümers an einer gemeinsamen Sache bestellt werden, zeigt sich deutlich darin, daß eine einmal bestehende Servitut durch den theilweisen Erwerb der dienenden Sache Seitens des Servitutberechtigten nicht untergeht. Denn wenn die Quellen sich hierfür darauf berufen, daß eine Servitut nicht theilweise erlöschen könne[n]), so mußte dieser Grund bei vorhandener Unmöglichkeit einer Servitut an eigener Sache dahin führen, daß man niemals Miteigenthum an solcher Sache erwerben durfte, oder daß die Servitut ganz zu Grunde gehen mußte, was beides nirgends ausgesprochen wird. Wenn Paulus trotzdem, daß er in l. 30 § 1 de S. P. U. jene Regel ausspricht, in l. 26 desselben Titels sagt:

> In re communi nemo dominorum *iure servitutis* neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat; nulli enim res sua servit.

so ist das nur unter der Einschränkung richtig, daß nicht schon der Sache eine Servitut obgelegen hat, ehe der Servitutberechtigte das Miteigenthum erwarb. Keineswegs darf man aber aus diesen Worten folgern, daß für die Dauer des Miteigenthums jeder Interessent allein auf die persönlichen Theilungsklagen, bei denen dann das Servitutverhältniß berücksichtigt würde, angewiesen und der Klagen „iure servitutis" beraubt sei, und daß erst, wenn der Servitutberechtigte das Miteigenthum wieder verloren habe, die Servitut von Neuem auflebe. Wenn sich auch also der Wortlaut der genannten Stellen vereinigen ließe, so spricht doch auch eben wieder Paulus zu bestimmt in der l. 10 ususfr. quemadm. caveat 7, 9 es aus, daß wegen eines Usufructs an der gemeinsamen Sache nicht in dem iudicium communi dividundo entschieden werden könne, und fordert

n) L. 30 §. 1 de S. P. U. 8, 2.

deßhalb, daß auch der usufructberechtigte Miteigenthümer die beim Usufruct übliche Caution bestelle, um seinem Miteigenthümer eine Klage zu schaffen. Demnach berücksichtigte das iudicium communi dividundo nicht die zwischen den Communionsinteressenten bestehenden Servitutverhältnisse, und darum mußten die Servitutklagen zum Schutz derselben bestehen bleiben.

Unter den Gesichtspunkt einer Servitut an gemeinsamer Sache fällt auch der von Pomponius in l. 20 §. 2 de S. P. R. 8, 3 entschiedene Fall. Er sagt:

> Si fundo Seiano confinis fons fuerit, ex quo fonte per fundum Seianum aquam iure ducebam, meo facto fundo Seiano manet servitus.

Die auf der Grenze zweier Grundstücke entsprungene Quelle stand darnach, wie andere auf der Grenze befindliche Sachen, im gemeinsamen Eigenthum der beiden Nachbaren, und dritten konnte daher auch nur von den beiden zusammen das Recht auf eine Leitung aus dieser Quelle ertheilt werden. War dies aber mal bestellt, so erlosch es nicht dadurch, daß der Berechtigte selbst einen der benachbarten Acker erwarb, und so Eigenthümer der Quelle wurde.

Für den Fall, daß die dienende und gleichzeitig die herrschende Sache im Miteigenthum derselben Personen stehen, haben wir entgegengesetzte Entscheidungen. Paulus sagt in l. 30 § 1 de S. P. U.:

> itaque, si praedia mea praediis tuis serviant, et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus.

So setzt auch Papinian in l. 34 pr. de S. P. R. ein solches Servitutverhältniß zwischen zwei gemeinsamen Grundstücken ohne weitere Erörterung als möglich voraus. Dagegen entscheidet Julian in l. 27 de S. P. R.:

> Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in commune redemerimus, servitus extinguitur, quia *par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipit.*

Die Rechtsfertigung und zugleich die Voraussetzung dieser letztern Entscheidung möchte in den hervorgehobenen Schlußworten liegen. Hier ist die Communion, wie sie seither nur für ein Grundstück bestand,

unter Bewahrung desselben Theilungsverhältnisses auch auf das andere ausgedehnt worden, beide sind nun rechtlich zu einem einzigen Grundstück vereinigt, und es ist daher kein Grund die Servitut noch länger fortbestehen zu lassen. So wird also überall zu entscheiden sein, wo eine und dieselbe Communion mehrere Grundstücke umfaßt, so daß diese gleichsam ein Grundstück werden. In jenen zuerst angeführten Stellen aber können die Quoten, für welche die Einzelnen Anrecht am Eigenthum haben, für beide Sachen sehr verschieden sein. Ferner kommt für den von Paulus entschiedenen Fall hinzu, daß die Uebertragung der beiden Theile successiv geschehen sein muß, und wie nun allein durch die Uebertragung des Miteigenthums der dienenden Sache an den Innehaber der herrschenden nach den obigen Regeln die Servitut nicht erloschen sein kann, so kann dies auch nicht durch die theilweise Erwerbung der herrschenden Sache Seitens des Eigenthümers der dienenden geschehen, und so läßt sich kein Moment feststellen, von welchem an die Servitut erlöschen sollte. So wird also überall zu enscheiden sein, wo die Quoten des Miteigenthums an herrschender und dienender Sache verschieden sind, oder die Communion an beiden Grundstücken erst durch gegenseitige Uebertragung eines Theils der seither im alleinigen Eigenthum stehenden Sachen entstanden ist.

Besteht nun einmal eine Servitut an einem gemeinsamen Grundstück zu Gunsten eines andern gemeinsamen Grundstücks, so kann auf dieselbe gar nicht verzichtet werden, indem solches nur durch alle Miteigenthümer und niemals nur für einen ideellen Theil geschehen kann, jeder Miteigenthümer würde aber, wenn er z. B. am dienenden Grundstück zu $\frac{1}{4}$, am herrschenden zu $\frac{1}{3}$ berechtigt ist, durch solchen Verzicht eine Eigenthumsbefugniß zum zwölften Theil auf sich selbst übertragen, was unmöglich ist, und deßhalb ist die Gültigkeit eines solchen Verzichts überhaupt nicht zuzulassen°).

Da nach dem Seitherigen möglicher Weise einem Miteigenthümer eine Servitut an der gemeinsamen Sache zustehen kann, so folgt daraus, daß sich gegen eine von einem Miteigenthümer fälschlich angemaßte Servitut jeder der andern mit einer negatorischen Klage schützen kann, zumal solche überall von einem einzelnen Mit-

o) Papinian in l. 34 pr. de S. P. R.

eigenthümer einer widerrechtlich dienenden Sache angestellt werden kann, und so wird sie denn auch in l. 27 pr. de S. P. U. und in l. 11 und l. 14 § 1 si serv. vind. 8, 5 zum Schutz gegeben gegen eigenmächtiges Vorbauen, Immittiren eines Balkens, Ueberhängen einer Mauer, wenn dies von dem im Sondereigenthum stehenden Grundstücke eines Miteigenthümers aus geschieht.

Es wird kaum der Erwähnung bedürfen, daß nur das Eigenthum unverträglich ist mit einer Servitut an derselben Sache, daß dagegen der Erwerb einer andern Servitut die früher innegehabte, falls sie nur irgend einen weitern Vortheil zu bieten vermag, nicht aufhebt. So kann der, welchem eine Realservitut an einer Sache zusteht, doch noch unbeschadet jener den Ususfruct derselben erwerben, weil dieser seiner kürzern Dauer wegen doch nicht alle Vortheile zu bieten vermag, die jene gewähren kann[p]). Ferner darf man, wie Africanus in l. 33 de S. P. R. zu erwähnen nöthig findet, diese Lehre von der Unmöglichkeit der Servituten an eigener Sache nicht so weit ausdehnen, daß man sagt, es dürfe dem dienenden Grundstück keinerlei Vortheil aus der zu Gunsten einer andern Sache bestellten Servitut entstehen, vielmehr können die in Folge derselben gemachten Vorrichtungen, wenn das bei Constituirung der Servitut zugestanden ist, auch Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache unbeschadet jenes an die Spitze dieses Paragraphen gestellten Satzes mitbenutzt werden[q]), oder ihm später durch Uebereinkommen aller Interessenten ein persönliches Recht auf solche Mitbenutzung gewährt werden[r]).

Schließlich möge noch kurz erwähnt werden, daß die l. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5[s]) diese Lehre, so wie überhaupt die Servituten-

---

p) L. 30 § 1 de S. P. U. 8, 2.

q) L. 2 de rivis 43, 21. *Paulus* libro LXVI. ad Edictum. Labeo non posse, ait, ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferretur appellendi pecus, vel hauriendi aquam; quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione, quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset.

r) L. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3.

s) Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut jus compascendi haberent, mercati sunt, idque etiam a successoribus eorum est observatum; sed nonnulli ex his, qui hoc ius habebant, praedia sua illa propria verumdederunt; quaero, an in

lehre gar nicht berührt, da sie davon redet, wie ein von mehreren als Weideland gekauftes Grundstück Pertinenz der Grundstücke der einzelnen werden könne, wenn die Weide nur mit Bezug auf diese benutzt sei. Weil das Eigenthum an jenem Weideland keinen andern Vortheil als eben die Weide gewährt[1]), so nennt der Jurist es jus compascui, und als Pertinenz eines andern Grundstücks jus fundi, Ausdrücke, welche die Compilatoren bei oberflächlicher Ansicht veranlaßten, diese Stelle in das Buch über Servituten aufnehmen, wohin sie doch gar nicht gehört.

venditione etiam ius illud secutum sit praedia, quum eius voluntatis venditores fuerint, ut et hoc alienarent? Respondit, id observandum, quod actum inter contrahentes esset; sed si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc ius ad emtores transire. Item quaero, an, quum pars illorum propriorum fundorum legato ad aliquem transmissa sit, aliquid iuris secum huius compascui traxerit? Respondit, quum id quoque ius fundi, qui legatus esset, videretur, id quoque cessurum legatorio.

1) Daß es solche nur durch Abweiden zu benutzende saltus gab, ersehen wir auch aus l. 32 de usufr. 7, 1.

Viertes Kapitel.

Inhalt und Umfang der Servituten.

I. Die Realservituten.

§. 15.

Die Anzahl der Realservituten ist unbeschränkt.

Nirgends in den Quellen finden wir eine Stelle, durch welche die Servituten ausdrücklich auf eine bestimmte Zahl fixirt werden, aber auch keine, welche eine gänzliche Freiheit, alle und jede Lasten einer Sache aufzulegen, proclamirt. Wir müssen daher bei Untersuchung der Frage, welche Befugnisse an einer fremden Sache durch Servitutbestellung verliehen werden können, auf die Entwicklung der Servitutenlehre im römischen Rechte zurückgehen und aus dem Gesammteindruck derselben ein Resultat zu gewinnen suchen. Eine Trennung der Realservituten von den Personalservituten wird hier bei dem von ihnen eingehaltenen ganz verschiedenen Entwicklungsgange und den zum Theil verschiedenen Erfordernissen, welche an sie gestellt werden, mit Nothwendigkeit geboten sein.

In der Einleitung haben wir gesehen, wie die vier Servituten **via, iter, actus** und **aquaeductus** die ältesten Ansätze der Servitutenbildungen waren und ein ungleich höheres Alter, als alle andern Realservituten haben. Es ist möglich, daß sich die alte Starrheit und Unbeholfenheit des Rechts auch an diesen Servituten in der Art zeigte, daß die Art und Weise der Ausübung dieser Gerechtigkeiten, die Breite des Wegs u. s. w. ganz ebenso den ein für alle Mal bestimmten unabänderlichen Regeln unterlag, wie das bei den durch öffentliche Vorschriften gegründeten Wegen und Wasser-

leitungen der Fall war, und die immer, wenn von den Constituenten nichts anders bestimmt ist, eintretende gesetzliche Breite der via mag sich davon herschreiben, sowie ferner auch manche der noch im spätern Rechte geltenden eigenthümlichen Bestimmungen über die perpetua causa bei Wassergerechtigkeiten, die im Vergleich zu der sonst in der Servitutenbildung herrschenden Freiheit, zu eng und zu definitiv erscheinen, um nur ein Ausfluß späterer Doctrin zu sein. Auf jeden Fall mußte doch Manches, wie die Richtung des Wegs u. s. w. schon von Anfang an durch die Willkühr der Constituenten festgestellt werden, und war dieser einmal ein Weg gebahnt, wo sie sich frei von den Fesseln der strengen Formen äußern konnte, da mußte ihr Einfluß naturgemäß sehr bald größer werden. So war ihr denn auch schon, soweit unsere Quellen reichen, ein weiter Spielraum überlassen, da sie die verschiedenartigsten Modalitäten jenen vier Servituten zufügen konnte[a]). Wurde davon nun ein recht umfassender Gebrauch gemacht, so konnte es geschehen, daß durch zugefügte Nebenbestimmungen namentlich die servitus aquaeductus einen ganz andern Character erhalten und selbst der spätern servitus aquaehaustus ähnlich werden konnte[b]), und hatte sich einmal die Idee Eingang verschafft, daß der Wille der Constituenten das höchste Gesetz für die Servituten sei, so mußte auch die Grenze, daß jede errichtete Servitut sich dem Begriffe jener vier alten subsumiren lassen müsse, bald fallen, wie wir denn auch, ohne daß von einer gesetzgeberischen Thätigkeit nach dieser Seite hin irgend welche Spur zu erkennen ist, zur Zeit der klassischen Juristen eine Fülle der ver-

---

a) So sagt Papinian in l. 4 de serv. 8, 1: § 1. **Modum adiici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur (vel non agatur), veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. § 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutae servitutis.** Aehnlich l. 14 comm. pr. 8, 4; l. 7 quemadm. serv. amitt. 8, 5.

b) Cicero pro Caecina § 74 sagt: **Aquaeductus, haustus, iter a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur.** Er nennt also unter den Repräsentanten der Servituten, wo juristische Schriftsteller immer nur die vier im Text genannten aufführen, auch den **haustus**. Dies möchte auf das hohe Alter dieser Servitut schließen lassen.

schiedenartigsten Realservituten ausgebildet finden. So lange man das Corpus Juris mit den Glossatoren als ein erschöpfendes abgerundetes Gesetz Justinians auffaßte, so lange hat man die dort erwähnten Servituten als die einzig vom Rechte anerkannten und deßhalb allein möglichen Servitutenbildungen gelten lassen, und diese Auffassung hat, wie ich in einem spätern Werke ausführen zu können hoffe, viel beigetragen, um die Reception des römischen Rechts gerade auf diesem Gebiete unsers Rechtszustandes so wenig segenbringend wirken zu lassen.

Und doch hätte die große Mannigfaltigkeit der uns überlieferten Bildungen schon das Gegentheil vermuthen lassen müssen. Denn neben jenen stereotypen, in bestimmte Formen gefaßten und mit bestimmten Namen bezeichneten Arten, die sich auf den unsern glossirten Ausgaben meistens zugefügten Servitutentafeln, den arbores servitutum, verzeichnet finden, werden noch mancherlei Servituten erwähnt oder nur angedeutet, für die sich keine solche feststehende Formeln und Namen gebildet hatten. So wird z. B. in l. 1 § 8 de mort. infer. 11, 8 gesagt, man könne durch eine Servitut das Recht haben, bei Bauarbeiten eine gewisse Maschine auf des Nachbars Grundstück zu befestigen, in l. 17 § 2 si serv. vind. 8, 5 eine Servitut genannt, vermöge deren man keine Mistgrube an des Nachbars Wand haben darf[c]). Wenn also solche Fälle es schon wahrscheinlich machen, daß jede Befugniß, welche unter den besondern Umständen dem Erwerber Vortheil gewähren konnte, wenigstens in klassischer Zeit Gegenstand einer Realservitut sein durfte, ohne daß es nöthig war, daß das Recht diese Art Servituten erst recipirt hatte, so sprechen für diese Annahme noch folgende weitere Umstände.

1) Wenn die römischen Juristen von einer Realservitut reden, und sei sie noch so selten und auffallend, so bestreben sie sich niemals die Zulässigkeit derselben aus dem Herkommen oder einem Gesetze zu rechtfertigen, sondern sie lassen es lediglich darauf ankommen, ob in dem einzelnen Falle eine derartige Servitut auferlegt sei, und selbige den allgemeinen Principien über Realservituten nicht widerspreche[d]).

---

c) Mehr Beispiele werden unten bei Aufzählung der einzelnen überlieferten Servituten zu finden sein.

d) So wird z. B. in l. 4 comm. pr. die Servitut „ut certus numerus

Die Uebereinstimmung, mit welcher dieser Weg eingehalten wird, läßt sich nur daraus erklären, daß die Freiheit in der Servituterrichtung damals schon in der römischen Rechtsanschauung Wurzel geschlagen hatte.

2) Das Verhältniß, welches uns oben als die Brücke erschien, über welche die Servitutenbildung von jenen vier alten ausschließlichen zu den späteren zahlreichen Arten gelangte, muß wieder wirksam sein, um aus den uns überlieferten Servituten eine unbegränzte, größere Anzahl zu bilden. Der persönlichen Willkühr wird nämlich völlige Freiheit gelassen, nicht bloß bei den Wege- und Wasserservituten, sondern bei allen Servituten in jedem Falle alle möglichen Modificationen hinsichtlich der Ausübung, des Umfangs u. s. w. zuzufügen[e]), so daß es also an einer bestimmten unabänderlichen Form für dieselben fehlt, und keine bestimmte Grenze angegeben wird, wo die alte vom Rechte anerkannte Art ihren Charakter verliert und eine neue wird. Demnach erscheint es als ein Widerspruch, einmal nur eine bestimmte Anzahl von Servituten als rechtlich möglich hinzustellen, sodann aber der Privatwillkühr zuzugestehen, diesen einzelnen Arten jede beliebige Modification zu geben und so zu etwas ganz Anderem zu machen.

Dies möchte genügend beweisen, wie die uns überlieferten Realservituten nur die Bedeutung haben, daß sie die vorzugsweise mit bestimmten technischen Namen versehenen Bildungen sind, welche im römischen Rechtsleben besonders häufig waren, oder welche den Juristen zufällig bekannt geworden und in ihren Schriften besprochen wurden. Die zur Servituterrichtung früher nöthige solenne mancipatio oder in jure cessio begünstigte es, daß bestimmte Errichtungsformeln gebräuchlich wurden, deren sich das Geschäftsleben in allen vorkommenden Fällen einer Art bediente, und dadurch erhielt die Servitutenlehre eine gewisse Einförmigkeit und Stetigkeit, die den großen Spielraum, welcher hier der Willkühr eröffnet ist, oft fast

---

hominum in uno loco humetur" nur verworfen, weil an einem religiosen Orte keine Servitut bestehen kann.

e) L. 4 § 1 de serv. Modum adiici servitutibus posse constat. L. 5 § 1 eod. Usus servitutum temporibus secerni potest. Beispiel: l. 6 § 5 si serv. vind. 8, 5.

verkennen läßt. Diese Freiheit unterliegt aber gewissen sie begrenzenden Gesetzen, die wir im Einzelnen in den folgenden Paragraphen besprechen werden.

§. 16.
Erforderniß der Nützlichkeit der Realservituten.

Es ist einer der obersten Grundsätze unseres Rechtszustandes, daß der Staat nur solche Rechte schützt, und daher nur solche durch eine Klage verfolgt werden können, deren Ausübung für den Berechtigten ein Interesse hat, d. h. ihm nach einer billigen vernünftigen Auffassung einen Vortheil gewährt. Insbesondere wird aber regelmäßig an die Vermögensrechte die Forderung gestellt, daß sie dem Berechtigten einen Vermögensvortheil zu bieten im Stande sein müssen, daß mit andern Worten die Güter des Berechtigten dadurch um einen Bestandtheil vermehrt werden, der sich nöthigenfalls nach der Schätzung des täglichen Verkehrs auf ein bestimmtes Quantum des allgemeinen Schätzungsmittels, des Geldes, reduciren läßt[a]). Wenn aber schon das Eigenthum in dem Erforderniß des Interesse eine Grenze findet, so gilt das noch mehr für die Servituten. Hier wird das Vermögen nur um eine einzelne Befugniß an einer Sache vermehrt, und da die Zahl der möglichen Befugnisse, welche an einer Sache geübt werden können, so unendlich groß und mannig=

---

a) Es möchte erscheinen, als ob das Eigenthum schon immer an und für sich eine Vermögensvermehrung enthalte und darum ein Interesse gewähren müßte. Allein nur die Vermuthung wird dafür streiten, nicht aber die Einrede des mangelnden Interesse gänzlich ausgeschlossen sein; vielmehr wird der Vindication nicht stattgegeben werden können, sobald der Verklagte beweist, daß die Sache für den Vindicanten durchaus von gar keinem Vermögenswerthe ist, wie dies wohl bei Schuld, oder bei zur Erinnerung aufbewahrten Kleinigkeiten, wie trockenen Blumen u. dgl. vorkommen kann. Denn sonst könnte er sich ja durch Vernichtung des vindicirten Gegenstandes klagfrei machen, indem er dann nur zum Ersatz des Werthes desselben angehalten werden würde, der aber überall gar nicht vorhanden ist. Will man daher nicht zu der Abnormität gelangen, daß sich jemand von der gegen ihn erhobenen rechtsbegründeten Klage rechtsgültig durch Delict befreien könne, so muß man auch gegen die Eigenthumsklage die Einrede des mangelnden Interesse zulassen.

faltig ist, so leuchtet schon daraus ein, daß nur einzelne dieser Befugnisse eine wirkliche Vermögensverbesserung bewirken werden, es dagegen gar manche geben wird, die, wenn sie einem dritten übertragen sind, wohl den Eigenthümer in dem freien Gebrauch zu beschränken vermögen, aber doch keinen Vortheil gewähren. Hieraus ergiebt sich nun in Beziehung auf Realservituten Nachstehendes:

Jeder in Folge des Eigenthums an der herrschenden Sache Berechtigte kann die zu Gunsten dieser Sache bestellte Servitut nur geltend machen, wenn er an der Ausübung ein rechtliches Interesse hat, während ihm, wenn er in Folge specieller factischer Verhältnisse in einer Lage ist, wo die Servitut ihm keinen Vortheil zu gewähren vermag, die Einrede des mangelnden Interesse entgegengesetzt werden kann. Dadurch aber erlöscht die Servitut noch nicht sofort, selbst nicht, wenn jene Umstände, die der Ausübung entgegenstehen, von der Art sind, daß dieselben für die Dauer der Berechtigung des jetzigen Innehabers der herrschenden Sache nicht gehoben werden können, sondern die Servitut wird nur suspendirt, indem der Berechtigte doch noch, trotzdem daß er sie selbst nicht ausüben darf, ein Interesse an den Fortbestand derselben hat und sie sein Vermögen noch immer vergrößert. Denn da jeder künftige Eigenthümer der herrschenden Sache auch Servitutberechtigter sein wird, so behält die Sache einen höhern Werth, wenn die Servitut fortbesteht, und insofern bereichert auch eine solche nicht benutzbare Servitut das Vermögen des Berechtigten. Der Beweis für diese Regel ist darin zu finden, daß nach l. 19 de servit. 8, 1 jemand beim Verkauf eines Grundstücks zu Gunsten eines in seinem Eigenthum verbleibenden andern Grundstücks eine Servitut, wie z. B. eine Wasserleitungsgerechtigkeit retiniren kann, ohne daß sie ihm Vortheil bringt.

Man hat diese l. 19 häufig als eine Singularität der durch Retention bei der Veräußerung des dienenden Grundstücks entstandenen Realservituten auffassen wollen[b]); aber einen innern Grund für eine andere Behandlung der retinirten und der durch Veräußerung constituirten Servituten hat man nicht auffinden können, während sie, wenn man jene Bestimmungen nur dahin ergänzt, daß die

b) So noch wieder Gesterding, Nachforschungen Bd. VI. Abtheil. I. pag. 42.

für den Erwerber zwar unnütze Servitut, doch für die späteren Innehaber vermuthlich von Nutzen sein muß, wie gezeigt, auch innere Gründe für sich hat. Zu einer solchen Ergänzung ist man hier aber um so mehr befugt, als das Beispiel der Wasserleitungsservitut gewählt ist, die, wie wir schon einmal zu sagen Gelegenheit hatten, unter italienischem Himmel vermuthlich für jeden Innehaber eines zum Ackerbau bestimmten Grundstücks Vortheil gewähren mußte.

Sind aber die Umstände derartig, daß man mit Sicherheit voraussehen kann, daß die Ausübung der Servitut für alle künftigen Innehaber der herrschenden Sache keinen Vortheil zu gewähren vermag, so wird die Servitut nicht nur suspendirt, sondern sie erlöscht ganz und gar; denn ihr Fortbestand macht die Sache nicht werthvoller und bereichert daher den Berechtigten nicht mehr. Daher können denn auch Befugnisse, an welchen ein Nichteigenthümer gar kein Interesse zu haben vermag, niemals zum Inhalt von Servituten gemacht werden, und so sagt Pomponius in l. 15 pr. de servit., der Eigenthümer könne keine Servitut dahin bestellen, daß er nicht durch sein Grundstück gehen oder nicht dort stehen dürfe, oder seinen Acker nicht benutzen wolle, wohl aber, daß er nicht nach Wasser auf seinem Grund und Boden graben wolle, um nicht dem Nachbar das Wasser abzugraben.

Dies ist nun aber nicht die einzige Richtung, in welcher bei Realservituten Nützlichkeit der bestellten Befugniß gefordert wird; sondern es muß auch weiter der gewährte Nutzen unmittelbar in Beziehung zu der herrschenden Sache stehen. Die ersten Realservituten entstanden, wie bereits öfter erwähnt ist, aus dem Bestreben, die Eigenschaften des einen Grundstücks aus denen eines andern zu ergänzen, und so künstlich zu schaffen, was die Natur versagt hatte. Später blieb man nicht dabei stehen, nur solche Erfordernisse, welche zur Cultur des Grundstücks unumgänglich nöthig waren, zu ergänzen, sondern Alles, was irgend zur größern Brauchbarkeit, ja zur Annehmlichkeit des Grundstücks beitragen konnte, durfte Gegenstand einer Realservitut sein[c]), so daß es also auch Vergnügungsservituten

---

c) **Pomponius in l. 3 pr. de aqua et aq. quot. 43, 20: Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.**

geben konnte. Allein der Gesichtspunkt, daß die Realservituten der herrschenden Sache eine ihm von Natur fehlende Eigenschaft gewähren sollten, blieb immer dadurch erkenntlich, daß die gewährte Befugniß nicht bloß in so fern mit dem herrschenden Grundstück zusammenhängen muß, als sie mit diesem derselben Herrschaft unterworfen ist, sondern es wird ein engeres Band zwischen beiden gefordert, indem die Prädialservitut dazu beitragen muß, daß die herrschende Sache besser ihrer eigenthümlichen Bestimmung gemäß verwandt werden kann[d]) und darum ihrem Eigenthümer größern Vortheil oder größere Annehmlichkeit gewährt. Es muß der Nutzen, welchen die Servitut bringt, gleichsam erst durch Vermittelung des herrschenden Grundstücks erhalten werden, so daß ohne dessen Besitz die Ausübung der Servitut denkbarer Weise keinen Vortheil gewähren kann. Will man dies so bezeichnen, die Servitut müsse dem herrschenden Grundstück nützen, so muß man sich dadurch nur nicht verleiten lassen, dieses als das eigentliche Subject aufzufassen, wogegen wir schon oben polemisirten.

Es ist die gewöhnliche Annahme, daß die mannigfachen hierher bezüglichen Quellenaussprüche sich schon aus dem Satze erklären ließen, daß eine Befugniß als Realservitut nur soweit verliehen werden könne, als sie voraussichtlich j e d e m nachfolgenden Eigenthümer des Grundstücks Vortheil gewähren werde. Wie wir aber hiermit nicht überall eine genügende Erklärung der Stellen zu geben vermögen, und wie dagegen unser Princip im Einzelnen zu rechtfertigen und anzuwenden ist, werden wir besser auseinandersetzen können, wenn wir die hauptsächlichsten Kategorieen aller vorkommenden Realservituten näher betrachten:

1) Dieselben können zum Zweck haben, die Benutzung eines Grundstücks durch Gewährung eines Zutritts zu demselben zu ermöglichen oder zu erleichtern. Hierher gehören die Wegeservituten aller Art, wodurch aber nur das Recht verliehen werden kann, dann über ein Grundstück zu gehen, zu fahren u. s. w., wenn man solches thut, um das herrschende Grundstück gehörig zu benutzen, und da dazu ein vielfacher Besuch vortheilhaft sein kann, so kann auch die Servitut in dieser Hinsicht sehr weit gehen. Sie muß aber immer von einem

d) E. H o f f m a n n, die Lehre von den Servituten. § 16.

Punkte ausgehen, von wo aus auf das herrschende Grundstück zu gelangen für die Benutzung desselben ersprießlich ist, also von einem öffentlichen Wege oder von einem Grundstück eines dritten, an welchem der Eigenthümer zu Gunsten des herrschenden Grundstücks andere Realservituten hat, die ein Betreten nöthig machen, oder nur von einem andern Grundstück desselben Eigenthümers, von dem aus das zur Bebauung Nöthige u. s. w. demselben zugeführt werden soll[c]. Dagegen kann eine Wegegerechtigkeit nicht ohne ein derartiges Ziel bestehen, und bloß den Zweck haben, überhaupt einen Weg zum Spazierengehen zu verleihen[f], denn dieses steht in keinem Zusammenhang mit der Benutzung der dienenden Sache, und diese wird dadurch in keiner Weise gefördert, wenn man sich dagegen auch wohl Umstände denken kann, die es voraussichtlich jedem künftigen Eigenthümer höchst angenehm machen müßten, auch solche Berechtigung inne zu haben, so wenn sie z. B. einem Luxusgarten an einem durch schöne Aussicht ausgezeichneten Orte zustände, wo sie doch der servitus ne prospectui officiatur hinsichtlich der Nützlichkeit für künftige Eigenthümer gleich stehen möchte.

2) Die Realservituten können den Zweck haben, die Benutzung der herrschenden Sache vortheilhafter zu machen, indem sie der Substanz derselben die zum sachgemäßen Gebrauch ersprießlichen Elemente zuführen. Von dieser Art sind die Wasserleitungsservituten, ferner die Servituten, Sand zu graben, Holz zu fällen, Rohr zu schneiden u. s. w., die alle nur soweit geübt werden können, als das dadurch erworbene Material wie Wasser, Mergel, Bauholz, Bausteine, Dachrohr u. s. w. dem herrschenden Grundstück einverleibt[g]),

---

c) Eine solche Wegeservitut zwischen zwei eigenen Grundstücken wird in l. 38 de S. P. S. R. 8, 3 genannt, woraus sich schon die Unsicherheit jenes Princips, daß die Servitut voraussichtlich jedem Eigenthümer von Vortheil sein müsse, ergiebt, indem dies hier nur der Fall ist, wenn jeder folgende Eigenthümer auch beide Grundstücke hat, was aber, wenn diese voneinander entfernte, selbständige Sache sind, nicht zu erwarten steht.

f) Paulus in l. 8 de serv. 8, 1: Ut pomum decerpere liceat, et ut *spatiari*, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. — eine Stelle, die für diese Lehre sehr wichtig, die verschiedenartigsten Erklärungsversuche und dadurch die verschiedenartigsten Theorieen hervorgerufen hat.

g) L. 6 pr. de S. P. R. 8, 3.

oder zur gehörigen Instandsetzung und Aufbewahrung der schon erzielten Früchte verwandt wird. Für Letzteres werden in den Quellen als Beispiel Servituten angeführt, vermöge deren man Thon graben darf, um daraus Gefäße für Aufbewahrung des auf dem herrschenden Grundstück gewonnenen Weins anzufertigen, oder Holz schlagen darf, das zu derartigen Tonnen gebraucht wird[h]). Hierher gehören auch die Weideservituten, die Material liefern, um das zur Bewirthschaftung nöthige Vieh halten zu können, wodurch sie denn auch indirect durch Gewährung von Dünger zur Substanzverbesserung der dienenden Sache beitragen. Von diesem Gesichtspunkt aus wird aber die Weideservitut ziemlich unbeschränkt sein, da für ein Grundstück nicht so leicht Arbeitskraft und Dünger überflüssig oder zu viel werden kann[i]). Mehr wird sie beschränkt durch den später zu behandelnden Grundsatz, vermöge deren die Servituten civiliter geübt werden sollen, und der auf die Weideservitut angewendet meistens dahin führen wird, daß nur so viel Vieh aufgetrieben werden darf, als auf dem herrschenden Grundstück nach landwirthschaftlichen Grundsätzen zur gehörigen Benutzung gehalten werden muß (s. u. § 25).

Nützt dagegen das gewonnene Material in keiner dieser Weisen dem herrschenden Grundstück, so kann eine Befugniß auf dessen Gewinnung nicht als Realservitut bestellt werden. So sagt denn auch Paulus in der oben aufgeführten l. 8 de serv., es könne keine Realservitut geben, ut pomum decerpere liceat; ein Ausspruch, den Vangerow[k]) dadurch erklärt, im fremden Garten Obst zu naschen, sei gewiß nicht Jedermanns Geschmack, als ob das Obst nicht ebenso bei den Römern ein allgemeines, selbst mit einem Marktwerth versehenes Lebensmittel, ja fast Lebensbedürfniß gewesen wäre, als bei uns. Man hat freilich auch wohl gesagt, der Lebensmittelbezug nütze ja dem Grundstück in so fern, als nun das auf demselben selbst Gezogene geschont werden könne. Allein die Früchte eines Grundstücks sind zur Verwendung bestimmt, und wird durch deren längere Bewahrung die Lage des dienenden Grundstücks nicht verbessert, wohl aber, wie das aus l. 6 de S. P. R. oben genommene

h) L. 6 pr. §. 1 de S. P. R. 8, 3.
i) Gesterding, Nachforschungen B. VI. Abth. I. S. 65 u. ff.
k) Leitfaden Bd. I. S. 804.

Beispiel zeigt, dadurch daß diese Früchte gehörig verwandt und bis dahin aufbewahrt werden können, da sonst jede Fruchterzeugung zwecklos sein würde.

Vielleicht kann es mit dem hier gewonnenen Satze, daß das durch die Servitut erlangte Material immer in das herrschende Grundstück verwandt werden muß, zusammenhängen, wenn wir in den Quellen die jetzt so häufige Realservitut, Brennholz in fremdem Walde machen zu dürfen, nirgends erwähnt finden, obgleich bei derselben der Gesichtspunkt doch immer noch möglich ist, daß es eine Bedingung für das Bewohnen jedes Gebäudes ist, daß es im Winter erwärmt werden könne, und auch für viele landwirthschaftliche Geschäfte Feuer nöthig ist, demnach der Brennholzbezug wirklich die Benutzung des herrschenden Grundstücks befördert, ja fast ermöglicht. Freilich könnte man dann weiter schließen, zur Cultur eines Grundstücks sei auch nöthig, daß die Bewohner nicht verhungern, und darum diene die Befugniß, vermöge deren sie von fremden Boden Lebensmittel nehmen könnten, indirect dazu, die Benutzung des Grundstücks zu erleichtern. Allein das Bedürfniß der Lebensmittel ist nicht eine Folge der Cultur oder des Bewohnens, sondern würde auch unabhängig von dem Eigenthum des herrschenden Grundstücks von dem Berechtigten empfunden werden, und seine Befriedigung auch unabhängig davon einen Werth für ihn haben, während selbst Brennholz nur durch Vermittlung eines Gebäudes sachgemäß von dem Berechtigten verwandt werden kann, und bei diesem außerdem eben der landwirthschaftliche Nutzen noch in Anschlag zu bringen ist. Höchstens könnte man eine Servitut auf Lebensmittelbezug nach römischem Rechte in so fern rechtfertigen, als man, um das Grundstück zu bebauen, vieler Arbeiter und also Nahrung für diese bedarf, während man bei Unterlassung der Benutzung solches Bedürfniß nicht hätte. Auf jeden Fall muß man wenigstens, so lange man auf dem Grunde des römischen Rechts steht, sehr vorsichtig bei Zulassung solcher Servituten sein, bei denen das auf fremden Grund und Boden gewonnene Material nicht sofort dem herrschenden Grundstück einverleibt wird, sondern erst indirect zu Gute kommt, indem nur eine einzige derartige Servitut in den Quellen gefunden wird, nämlich die Weideservitut, bei der aber die Beziehung auf die Benutzung des herrschenden Grundstücks um so näher liegt, als diese nach

landwirthschaftlichen Grundsätzen häufig ohne Viehstand in gehöriger Weise gar nicht geschehen kann.

Eine unmittelbare Folge unsers an die Spitze gestellten Princips ist nun ferner der Grundsatz, daß durch die Realservitut nur so weit Material gewonnen werden darf, als es für das herrschende Grundstück verwandt werden kann, während solcher aus dem Satze, daß eine Realservitut voraussichtlich jedem Nachfolger nützen müsse, sich nicht für alle Fälle rechtfertigen läßt, indem z. B. eine Holzberechtigung Material verleiht, das leicht zu veräußern ist, und sogar einen mehr oder weniger feststehenden Marktwerth hat, so daß ein größerer Holzbezug, als für das Gut verwandt werden kann, immer eine Vermögensvermehrung für jeden künftigen Innehaber dieses Rechts gewähren würde.

Freilich gab es auch unter den römischen Juristen dissentirende Meinungen, die eine Benutzung über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinaus zulassen wollten, indem **Pomponius** in l. 24. de S. P. R. sagt:

> Ex meo aquaeductu, *Labeo* scribit, cuilibet posse me vicino commodare; *Proculus* contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit; Proculi sententia verior est [1]).

Allein diese Ansicht des **Labeo**, die aus der Beobachtung hervorgegangen sein mochte, daß es für den Eigenthümer des dienenden Grundstücks einerlei sein könne, wie viel Wasser durch die einmal bestehende Leitung laufe, ist nicht nur in dieser l. 24. auf das Be-

---

1) Die oft hierher bezogene l. 33. de S. P. R., wonach bei einer Wasserleitung einem Eigenthümer der dienenden Grundstücke oder einem Nachbar derselben dann die Mitbenutzung gestattet werden kann, wenn der Abschluß von pactiones vel stipulationes darüber erreicht ist, was dann beweisen soll, daß die Berechtigten das Wasser auch andern abgeben könnten, redet nur davon, daß sich alle Interessenten, d. h. die Innehaber aller dienenden und herrschenden Grundstücke durch Vertrag verpflichten können, sich die Benutzung durch jemanden, der nicht Servitutberechtigter ist, gefallen lassen zu wollen, wodurch denn nur ein persönlicher Anspruch gegenüber den Paciscenten und deren Nachfolgern, nicht gegenüber den Singularsuccessoren erreicht wird. Daß ein solcher Vertrag gültig ist, folgt schon daraus, daß es sich hier lediglich um Privatrechte handelt, auf deren Ausübung jeder durch Vertrag für sich und seine Erben verzichten kann.

stimmteste von zwei Juristen, von **Pomponius** und **Proculus** verworfen, sondern auch andere Stellen sprechen dagegen, z. B. die l. 44 locati conducti 19, 2:

Locare servitutem nemo potest.

Vielfach besprochen ist nun aber das Verhältniß, in welchem die l. 1 § 16 de aq. quot. 43, 20 zu dieser Lehre steht. Dort sagt **Ulpian** in einem längeren Commentar zu dem Theil des Edicts, welcher vom Interdict de aqua quotidiana handelt, Folgendes:

Illud *Labeo* dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, eiusdem numero esse. Ergo et si forte actor confinem agrum emerit, et ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi emti nomine velit aquam ducere, ita denum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut semel in suum ingressus inde egredi qua velit, possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

Es soll sich also, so erklärt man die Stelle gewöhnlich, jemand des zum Schutz der Wasserleitungsservituten gegebenen Interdicts bedienen können, wenn er das Wasser über sein herrschendes Grundstück nach einem andern jetzt erst von ihm gekauften und unberechtigten Grundstück leiten will, und darin hat man einen Widerspruch gegen die in der l. 24 de serv. und damit für das justinianische Recht recipirte Meinung erblicken wollen, der um so begreiflicher sein soll, als diese Stelle auch von **Labeo** stamme. Allein nur der Anfang dieser Stelle kann der Construction des Satzes nach Labeos Worte enthalten; nachher berichtet **Ulpian** in directer Rede eine herrschende Ansicht: Ergo — putant, und es wäre auch höchst auffallend, wenn Ulpian eine so weitläuftige Ausführung, die gegen die übliche Lehre, ja gegen die Natur der Realservituten so gänzlich verstieße, ohne ein Wort des Tadels zuzufügen, einfach referirte. Daß aber, wie man auch hat annehmen wollen, das herrschende Grundstück durch den Berechtigten einseitig vergrößert werde, wenn er das angrenzende Stück damit verbinde, widerspricht der Natur der Realservituten ganz und gar, und ebenso möchte auch die Erklärung nicht genügen, daß hier gesagt würde, wenn das Wasser seinem Zwecke gemäß das herrschende Prädium berieselt habe, so könne der Eigenthümer nun den Ueberschuß nach Belieben benutzen. Denn wenn es auch möglich ist, daß selbst bei einer civilen Ausübung noch so viel Wasser übrig

bleiben kann, daß das anliegende Grundstück daraus Nutzen zu ziehen vermag, so erscheint es bei dieser Auffassung doch unbegreiflich, wie Ulpian diesen Satz an die Worte des Labeo anknüpfen, und als eine Folge desselben darstellen konnte, da ein logischer Zusammenhang zwischen der Benutzung des Spülwassers und dem Grundsatz, daß alle Theile des herrschenden Grundstücks in demselben Rechtsverhältnisse sein, nicht aufzufinden sein möchte.

Ich will versuchen, diesen Erklärungsversuchen einen andern entgegenzusetzen, den ich noch nirgends erwähnt gefunden habe: Ulpian spricht in dem vorhergehenden Paragraph seines Kommentars davon, daß nur soweit das Interdict de aqua quotidiana gegeben werde, als das Wasser auf dieselbe Weise geleitet werde, wie es seither in diesem Jahre geschehen sei. Wenn daher, fährt er fort, der Berechtigte anderes Wasser leiten will, oder zwar dasselbe, aber doch durch eine andere Gegend, so kann der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, ohne in Nachtheil zu kommen, Gewalt hiergegen anwenden. So weit § 15. In § 16 wird hierauf zunächst unter Berufung auf Labeo gesagt, daß alle Theile des Grundstücks, wohin das Wasser eines Ort geleitet wird, in gleichem Verhältniß stehen. Sodann wird aus diesen beiden Sätzen ein dritter combinirt. Wenn daher, fährt Ulpian fort, der Berechtigte ein Nachbargrundstück kauft, das, damit die zweite Regel anwendbar ist, und wie darum stillschweigend supponirt wird, an derselben Wasserleitung berechtigt ist und daher mit dem seither inne gehabten in an gleichem Rechtsverhältniß steht, so kommt es auch diesem Grundstück zu Gute, wenn der Käufer für sein seitheriges Eigenthum schon in diesem Jahre Wasser geleitet hat; indem er sich deßhalb des Interdicts auch für das gekaufte Grundstück bedienen kann, falls er nur das Wasser zuerst auf sein früheres Grundstück in derselben Weise leitet, wie er das seither gethan hat, und es dann von da auf das andere berechtigte Grundstück überleitet. Wollte er aber das Wasser direct auf dieses leiten, so stände ihm das Interdict nicht zur Seite. Da aber durch eine derartige Operation das Interesse des dienenden Grundstücks doch verletzt werden kann, indem z. B., weil nun nach einer Seite hin mit einem Male eine größere Quantität abfließt, und dadurch das Wasser reißender sein kann, als wenn es in einzelnen Partieen abgeleitet würde, oder weil der dem gekauften Grundstück

seither zukommende Theil des Wassers, wenn er da abgeleitet würde, wo er seither abgeflossen ist, dem dienenden Grundstück noch von Nutzen sein konnte, während dieser bei der jetzigen Art zu leiten erlischt; so kann dem Berechtigten diese Art der Benutzung des Wassers untersagt werden, indem sie incivilis d. h. gegen den wahrscheinlichen Willen der Constituenten ist. Der Jurist vergleicht dies Verhältniß mit dem bei Wegeservituten obwaltenden; der Vergleichungspunkt ist aber nur, daß bei Anstellung des Interdicts de aqua quotidiana eben so wenig gefragt werde, ob das Wasser dorthin, wohin man es indirect auf dem Umwege durch ein anderes leiten will, schon in diesem Jahre geleitet hat, sondern nur, ob man es schon auf das zunächst zu bewässernde geleitet hat, wie bei Anstellung des Interdicts de itinere actuque auch nur gefragt wird, ob man schon dorthin gegangen ist, wohin man zunächst geht, nicht aber, ob man auch schon dahin gegangen ist, wohin man von jenem ersten Grundstück gehen will.

Mit dieser Bedeutung wird die l. 1 § 16 de aqua quot. 43, 20 dem aufgestellten Princip, daß eine Befugniß, von einem fremden Grundstück Substanzen zu entnehmen, nur soweit als Realservitut bestellt werden kann, als diese Substanz zur Verbesserung der herrschenden Sache verwandt werden kann, und nur soweit ausgeübt werden darf, als diese Substanz wirklich auch dazu benutzt wird, in keiner Weise widersprechen.

3) Die Realservituten können den Zweck haben, dem herrschenden Grundstück schädliche Substanzen abzuziehen, wie namentlich überflüssiges Wasser. Dann darf aber die Servitut nur so weit benutzt werden, als es nöthig ist, um das herrschende Grundstück selbst von dem Wasser zu befreien, nicht aber darf dieses noch etwas von einem andern Grundstück aufnehmen, um solches ebenfalls mit Hülfe der Servitut fortzuschaffen[m]). Es wird nicht speciell entschieden, ob diese Servitut auch das Wasser umfassen könne, welches dem herrschenden Grundstück in Folge einer Servitut von einem andern Grundstück zugeführt wird, und für den Fall, wo diese Servitut jünger ist als jene, wird man es auch ohne weiteres leugnen können, da eine derartige Benutzung der Ableitungs-Servitut bei deren Begründung

---

m) L. 29 de S. P. R. 8, 3.

nicht beabsichtigt und daher incivilis sein wird; wenn dagegen das herrschende Grundstück schon vor der Bestellung der Servitut zur Aufnahme fremden Wassers durch eine ihm aufliegende Servitut oder durch Gesetz verpflichtet war, so erscheint diese Last als ein Fehler der Sache selbst und wird daher unserer Ansicht nach durch eine Realservitut beseitigt werden können. Diesem ähnlich ist der Fall, wenn die Realservitut darauf gerichtet ist, das herrschende Grundstück gegen schädliche Substanzen zu schützen, die es sonst in Folge einer Naturnothwendigkeit oder in Folge gesetzlicher Bestimmung treffen würden.

4) Realservituten können auch die Vergrößerung des Umfangs des herrschenden Grundstücks zu ihrer Aufgabe haben, indem sie gestatten, solche Handlungen, die zur zweckgemäßen Benutzung oder zur Verschönerung des Grundstücks beitragen können, auch noch über die Grenzen desselben auf dem anliegenden Grundstück vorzunehmen, und so den Raummangel der herrschenden Sache zu ersetzen. Diese Handlungen müssen aber immer wieder zu der dienenden Sache in einer nahen Beziehung stehen, indem namentlich der Nutzen, den sie gewähren, nur durch Vermittelung derselben ganz genossen werden kann, und so kann man, um einzelne Beispiele aus der großen Masse hervorzuheben, wohl das Recht haben, in des Nachbars Luftraum hinein, einen Balkon oder auf der fremden Mauer eine zum Spazierengehen bestimmte Säulenhalle (porlius ambulatorius) zu bauen[n]), weil dadurch in unmittelbarer Beziehung zu dem herrschenden Hause eine Einrichtung getroffen wird, welche dasselbe verschönert und vergrößert, und sich ihm so anschließt, daß sie schon äußerlich als ein Theil desselben erscheint. Dagegen kann, wie wieder Paulus in l. 8. de serv. sagt, keine Realservitut dahin gehen, ut coenare in alieno possimus; denn wenn auch, wie mitunter ausgeführt ist, das herrschende Grundstück durch Düngeranhäufungen u. s. w. in einem Zustande sein könnte, daß es für jeden Innehaber angenehm sein müßte, wenn er einen Ort in der Nähe habe, wohin er sich während seiner Beschäftigung auf dem Grundstück begeben könne, um seine Mahlzeiten zu halten, so übt doch diese Befugniß auf die herrschende Sache selbst keinen Einfluß aus. Während man auf dem dienenden Grundstück ist, hat man aus der herrschenden Sache keinen Vortheil,

n) L. 8 § 1 si serv. vind. 8, 5.

und während man die Servitut übt, trennt man sich ganz von derselben. Ueberhaupt ist bei den meisten Servituten dieser Art charakteristisch, daß zwischen dem herrschenden und dem dienenden Stück sich schon äußerlich ein Band zeigt, welches beide als eine Sache erscheinen läßt, und wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, werden die übrigen Beziehungen auf die herrschende Sache um so enger sein müssen. So kann man durch eine Realservitut ermächtigt sein, auf fremden Grund und Boden und auch auf entfernteren Theilen desselben, Dämme, Schleusen u. s. w. zu haben[o]), aber diese haben dann den Zweck, das dienende Grundstück unmittelbar gegen die schädlichen Einflüsse des Wassers zu schützen, also seine Qualität künstlich zu verbessern und den Vortheil, den sie dem Berechtigten gewähren, erlangt er erst durch die Vermittlung des herrschenden Grundstücks. Ferner kann eine Servitut das Recht verleihen, die Früchte des herrschenden Grundstücks auf dem dienenden zu lagern[p]), aber dadurch wird dann die Möglichkeit erworben, die Früchte aufzuheben und zu erhalten, und also zu verhindern, daß der Zweck der herrschenden Sache, die Fruchterzeugung nicht vereitelt werde. Wir haben oben unter 2, schon ein anderes Beispiel gefunden, wonach Befugnisse, die zum unmittelbaren Schutz der Früchte einer Sache bestimmt sind, ebenso Gegenstand einer Realservitut sein können, als ob sie zum unmittelbaren Schutz der Sache selbst gegeben wären, welches also von dem genannten Gesichtspunkte aus erklärt werden muß. Es versteht sich, daß auch diese Servitut nur für die auf dem herrschenden Grundstück selbst gezogenen Früchte gilt.

5) Realservituten können endlich die Benutzung der herrschenden Sache dadurch vortheilhafter oder angenehmer machen, daß sie solche an und für sich rechtlich erlaubte Handlungen dritter hindern, durch welche der Gebrauch des herrschenden Grundstücks beeinträchtigt wird. Dies sind die negativen Servituten, bei denen sich die Anwendung der oben aufgestellten Regel am leichtesten von selbst ergeben wird.

Man könnte einen Angriff auf diese Ausführungen durch die Berufung auf die Jagdberechtigung begründen wollen, welche an einem fremden Grundstück als Realservitut bestellt werden könnte,

---

o) L. 1 § 23 de aq. et aq. plu. arcend. 39, 3.
p) L. 3 § 1 de S. P. R. 8, 3.

ohne daß deren Ausübung die Benutzung der herrschenden Sache irgend wie unterstütze. Allein die l. 16 de S. P. R., auf welche man sich zum Beweis, daß das römische Recht die Jagdberechtigung als Realservitut gekannt habe, zu berufen pflegt, sagt nur:

> Divus Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὔλογον, ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ὑμᾶς ἐν ἀλλοτρίοις χωρίοις ἰξεύειν (non est consentaneum rationi, ut per aliena praedia invitis dominis aucupium faciatis).

Hierin ist also nichts von einer derartigen Realservitut gesagt, und allein aus der Stellung dieses Fragments in dem Titel: *de servitutibus praediorum rusticorum* kann die Möglichkeit der Constituirung einer solchen um so weniger gefolgert werden, als in den Titeln über Servituten auch andere Fragmente Platz gefunden haben, die sich nicht grade direct auf Servituten beziehen[q]). Demnach glaube ich denn auch mit Beziehung auf das bereits Ausgeführte, die Zulässigkeit der Jagdgerechtigkeit als Realservitut leugnen zu können.

§. 17.

Fortsetzung. Erforderniß der pepetua causa.

Wir sind seither zu dem Resultate gelangt, daß jede Realservitut ihrem Innehaber einen Vortheil bei der Benutzung der herrschenden Sache gewähren müsse; allein das römische Recht stellt an die Art und Weise, wie dieser Vortheil zu gewähren ist, noch weitere Forderungen, die man nach dem Vorbild der Quellen[a]) als das Erforderniß einer *perpetua causa* zusammenfaßt.

Die Realservituten haben nämlich, wie schon mehrfach erwähnt ist, den Zweck, dem Grundstück eine ihm von der Natur versagte Eigenschaft künstlich zu ersetzen, und es ist daher durchgehend das Streben erkennbar, diese künstlichen Eigenschaften den natürlichen ähnlich zu machen, wie sich das namentlich darin zeigt, daß nur da eine Realservitut angenommen werden soll, wo

1) die Ausübung der Befugniß nicht von einer mehr oder weniger zufälligen Thätigkeit des Eigenthümers der dienenden

q) L. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5. Vgl. oben § 14.

a) L. 28 de S. P. U. 8, 2.

Sache oder dritter Personen abhängt, sondern, wie die Benutzung der natürlichen Eigenschaften, unmittelbar durch die Sache selbst ermöglicht wird.

2) die Verhältnisse nicht so sind, daß voraussichtlich auch ohne den Eintritt ungewöhnlicher Umstände der Ausübung der Befugniß bald unüberwindliche Hindernisse entgegentreten werden, und namentlich nicht gleich von vorneherein eine Erschöpfung des zu benutzenden Materials durch die Ausübung der Servitut zu erwarten steht.

Ehe wir auf die Erörterung dieser einzelnen Forderungen übergehen, möchte es nöthig sein, eine Interpretation der l. 28 de S. P. U. 8, 2 voranszuschicken, da auf die verschiedene Auffassung dieser so viel besprochenen Stelle die verschiedensten Theorieen über diese Lehre gebaut sind.

> Paulus libro XV ad Sabinum. Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.

Zunächst gehen nun schon die Ansichten darüber auseinander, welches Grundstück in dem im ersten Theil der Stelle behandelten Falle das herrschende ist, ob der Speisesaal, oder ob das Nachbargrundstück. Wenn jenes angenommen wird, so ist die Möglichkeit eine doppelte, nämlich einmal könnten zur Abspülung des Estrichs Vorrichtungen bestehen, durch welche das nöthige Wasser von dem Nachbargrundstück herbeigeschafft werden sollte. Hierauf, so wäre dann die Stelle zu erklären, kann eine Servitut basirt werden, wenn das Wasser sich auf dem benachbarten Grundstück von selbst, in Folge von Regen sammelt, dagegen nicht, wenn es dort erst durch Menschenhand zusammengetragen werden muß, weil dann die perpetua causa

fehlt[b]). Müßte dieses Zusammentragen Seitens des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks geschehen, so wäre die vorliegende Servitut durchaus eine servitus haustus, wo nur der Zweck, wozu das geschöpfte Wasser zu benutzen wäre, genau bestimmt und schon durch die Umstände gegeben wäre. Warum nun das nicht zulässig sein soll, ist nicht abzusehen, zumal sonst der serv. haustus immer die perpetua causa in diesem Sinne fehlen würde. Darum ist denn auch diese Erklärung selten zu finden. Häufiger nimmt man an, daß der Jurist an den Fall denkt, wo der Eigenthümer des dienenden Grundstück verpflichtet sein solle, das Wasser zusammenzutragen; allein dann würde sich die Unmöglichkeit einer derartigen Servitut schon aus dem Satze: Servitus in faciendo consistere nequit ergeben, und es würde auffallend erscheinen, daß Paulus in seinem Commentar zu Sabinus diesen Fall nicht sachgemäßer bei Besprechung dieser Lehre behandelte, und ebenso, daß durch die Worte hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat, von ihm selbst zu der durchaus irrigen Erklärung Veranlassung gegeben wird, als ob dann, wenn Regenwasser zu jenem künstlich zusammengetragenen hinzukomme, eine solche auf ein positives Thun gerichtete Servitut möglich sei. Schrader[c]) meint deßhalb auch, das Wasser werde vom Eigenthümer nicht in Folge einer Verpflichtung der herrschenden Sache, sondern aus andern Gründen und der Hauptsache nach zu eigenem Nutzen zusammengetragen, so daß es sich von selbst verstehe, daß eine Servitutenklage nicht gegeben werden könne, um ihn zum Zusammentragen zu zwingen, wohl aber in Frage kommen könne, ob nicht, wenn das Wasser mal zusammengetragen sei, daran aus einer Servitut ein Anspruch erhoben werden könne. Nur dies leugne Paulus wegen Mangel der perpetua causa für den Fall, wo kein Regenwasser zugeflossen sei. Wenn wir nun auch kein Gewicht darauf legen wollen, daß die Oeffnung, wodurch nach dieser Erklärung das Wasser hineinkommen, und von wo aus es alle Theile des Estrichs überschwemmen soll, gerade in *imo* pariete ist, so möchte doch gegen die ganze Auffassung, als sei der Saal die herrschende

b) So interpretirt, um von vielen nur Einen zu nennen, Glück, Commentar Bd. X. S. 39.

c) Civilistische Abhandlungen 1816 Abh. X. S. 306 ff.

Sache und das ihm zustehende Recht der Bezug von Wasser, der ganze zweite Theil dieser Stelle sprechen; denn nachdem zuerst gesagt wäre: aus der durch den Regen entstandenen Cisterne kann der Nachbar zu einem bestimmten Zwecke vermöge einer Servitut Wasser ableiten, indem diese dann eine causa perpetua hat, fährt er gleich darauf so fort: eine perpetua causa müssen aber alle Servituten haben, und darum darf keine Wasserleitung bestellt werden an einem See oder Sumpfe, so daß, da doch auch in diese Regenwasser gelangt, im ersten Theil aus demselben Grunde etwas erlaubt wird, was im zweiten aus eben demselben verboten wird. Endlich muß bei dieser Art die l. 28 zu interpretiren, eine Fülle von Voraussetzungen in die Stelle hineingetragen werden, welche Paulus gewiß angeführt haben würde, da so vieles davon abhängt. Dadurch wird die Auffassung Schraders unwahrscheinlich, wenn sie uns auch zu keinen gradezu unrichtigen Rechtsregeln führt.

Dieses kann dagegen von einer andern Erklärungsweise behauptet werden, die ebenfalls den Saal als das herrschende Grundstück annimmt, aber die diesem gewährte Befugniß nicht darin finden will, daß es Wasser erhält, sondern daß es das Spülwasser nach dem Nachbargrundstück abfließen lassen kann[d]). Bei dieser Auffassung stört schon die große Disharmonie, welche dann in der Stelle herrschen würde, indem zuerst gesagt würde, das herrschende Grundstück könne hier nicht das Recht haben, Wasser abfließen zu lassen, weil die Bedingungen der perpetua causa nicht bei ihm, dem herrschenden Grundstück erfüllt sein, dann wird dieser Satz anscheinend verallgemeinert, und dennoch daraus gefolgert, Wasserleitungsservituten konnten nicht bestehen, wo das dienende Grundstück die Bedingungen der perpetua causa nicht erfüllte. Sodann aber gelangen wir auf diese Weise zu einer Bedeutung der perpetua causa, welche mit vielen uns überlieferten Servitutenbildungen in Conflict steht. Denn dann liegt in der Vorschrift derselben die Forderung, daß zur Ausübung der Servitut keine positive Thätigkeit des Berechtigten nöthig sei, sondern daß schon ex naturali causa solche vor sich gehe. Daß man dies mit der Zulässigkeit der servitus cloacae, fumi immittendi, aquae haustus, ja selbst der Wegeservituten u. a. nicht vereinen

d) So z. B. C. Hoffmann a. a. O. S. 55.

könne, hat man bald bemerkt und oft durch wunderbare Aushülfsmittel beseitigen wollen. Hoffmann[e]) hat deßhalb einen neuen Weg eingeschlagen und sich dadurch geholfen, daß er als eine Wirkung der perpetua causa die hinstellt, es müsse „die Ausübung der Servitut bloß durch die Mittel möglich sein, welche in der Natur der concreten Servitut enthalten sind", und das soll dann bei den Wegeservituten das Gehen, aber nicht das Schiffen auf einem Flusse sein[f]). Allein dabei ist es nöthig, daß man die einzelnen Servitutenbildungen als bestimmt umgrenzte, ein für alle Mal charakterisirte Arten hinstellt, da man sonst nicht sagen könnte, welches Mittel in der Natur der concreten Servitut enthalten ist, während dagegen unsere obigen Ausführungen bewiesen haben werden, daß der jedesmalige Wille der Constituenten und nur dieser die concrete Servitut in Gemäßheit der Umstände schafft, und daß daher die Frage, ob die Mittel naturgemäß sind, nicht nach der zum Zwecke der Doctrin aufgestellten Kategorie, sondern nach dieser einzelnen vorliegenden Servitut zu beurtheilen ist, und wenn daher ein Fluß den Weg durchschneidet, so ist das naturgemäße Mittel zur Ausübung dieser Wegeservitut nicht bloß das Gehen, sondern auch das Schiffen. Sodann ist aber auch namentlich nicht zu erkennen und auch von Hoffmann nicht speciell ausgeführt, warum das Abspülen des Estrichs ein in der concreten Servitut nicht enthaltenes Mittel sein soll, und schon das möchte ein Beweis sein, wie unbestimmt und schwankend der Inhalt des aufgestellten Erfordernisses ist.

Auf jeden Fall aber bietet die Erklärung, wonach in dem ersten Theil der l. 28 die perpetua causa in der herrschenden Sache fehlen soll, so viele unentwirrbare Schwierigkeiten, daß jede andere Auffassung, welche der Wortlaut gestattet, vorzuziehen ist, und da möchte folgende, schon von Vangerow[g]) kurz angegebene Erklärung meines Erachtens die meisten Gründe für sich haben. In dem ersten Theil der Stelle sagt Paulus: Falls in einem Hause eine Oeffnung sich befinde, durch welche das Wasser, welches zum Abspülen des

e) a. a. O. S. 53 und ff.

f) So erklärt er dann die im folgenden Paragraphen zu behandelnde l. 38 de S. P. R. 8, 3.

g) Leitfaden Bd. I. S. 808.

Estrichs gebraucht wurde, auf das benachbarte Grundstück geleitet werde, so könne dadurch nicht eine auf das Fortbestehen dieser Oeffnung gerichtete Realservitut [etwa eine servitus fluminis non avertendi[h])] erworben sein. Denn das Loch allein nützt nichts, es erhält erst Werth durch das Wasser, was aus demselben herausfließt, und auf den Bezug dieses Wassers wäre daher die Berechtigung gerichtet. Solche aber hat zu ihrer Voraussetzung die Thätigkeit eines Menschen, welche, da man auf sie durch die Servitut kein Recht gewinnen kann, immer etwas Zufälliges bleibt, so daß man auch nicht bestimmen kann, ob die Servitut einen Nutzen gewährt. Anders aber verhält es sich, wenn der Wasserfluß wenigstens in seinem Stamme[i]) durch eine natürliche Ursache erzeugt wird, auch wenn er noch so unregelmäßig entsteht, wie das bei Regenwasser der Fall ist, und wodurch die hier behandelte Servitut ganz in die Klasse der immer erlaubten servitus stillicidii und fluminis non avertendi[k]) kommt. Eine perpetua causa müssen aber, fährt Paulus im zweiten Theile fort, alle Realservituten haben, und darum darf auch keine Wasserleitungsservitut aus einem See oder Sumpf hergeleitet werden.

Man könnte hier entgegensetzen, was ich der Schraderschen Ansicht oben entgegenhielt, daß auf diese Weise Anfangs eine Wasserleitung gestattet werde, die bloß auf Regenwasser basirt sei, später aber solche da als unzulässig erklärt werde, wo doch zu schon vorhandenem Wasser immer noch Regenwasser hinzukomme. Allein der Sachverhalt ist nach beiden Auffassungen doch ein anderer. Nach dieser hier dient das Loch dazu, um das triclinium von Wasser frei zu halten, und also wird der Regen sich sofort, wie er gefallen ist, sammeln und ganz wie bei der servitus fluminis unter Bewahrung seines Charakters als Regenwasser auf des Nachbars Grundstück gelangen. Nach der Schraderschen Ansicht wird aber das Wasser

---

h) Flumen ist der Gegensatz von stillicidium und bedeutet den Abfluß des Regenwassers von einem Dache u. s. w. in einen gesammelten Strahl. L. 1 pr. l. 20 § 5 de S. P. U. 8, 2; l. 33 de contr. emt. 18, 1; l. 1 § 17 de aqua et aq. pl. arcend. 39, 3.

i) Das bedeutet das: Hoc verum est, si nihil ex coelo venit.

k) L. 2 de S. P. U. 8, 2.

erst in einer Cisterne gesammelt, (denn daß es sofort, wie es fällt durch den Saal fließe und den Estrich spüle, ist doch gewiß nicht anzunehmen, da dieser dann ja immer feucht wäre), verliert dadurch den Charakter als Regenwasser, und wird daher dem lacus und stagnum ganz gleich. Daß darin der strengen Logik gegenüber immer noch eine Inconsequenz beruht, ist nicht zu leugnen, aber es ist dies eine zum Theil durch die Anschauungen des Lebens und dessen Bedürfnisse, zum Theil durch historische Gründe hervorgerufene Inconsequenz, die sich nicht nur in dieser Stelle, sondern schon in der Möglichkeit einer servitus stillicidii und anderer zeigt, und von welcher unten mehr gesprochen werden muß. Wollte man zur Widerlegung der obigen Ausführung sich darauf berufen, eine solche Befugniß, das schmutzige Spülwasser auf sein Grundstück leiten zu dürfen, könne nie irgend einen Nutzen gewähren, und es sei darum nicht zu begreifen, wie jemand hätte fragen können, ob eine derartige Servitut bestehen könne; so wollen wir wiederum nur auf den Werth der Bewässerung aufmerksam machen, und wie selbst in unsern Bauerhäusern sehr häufig das Spülwasser aus dem Hause sofort auf ein anliegendes Grundstück fließt und das bewässert. Sodann möchte es hier auch ein zu berücksichtigendes Moment sein, daß dies Wasser nur zum Abspülen des Estrichs eines Speisezimmers dient, also dabei wenig fremde Substanzen aufnehmen und ziemlich rein, wenigstens zum Behuf der Bewässerung von Grundstücken, sein wird.

Ein gewichtigerer Grund gegen diese ganze hier vorgetragene Auffassung könnte aus der unmittelbar folgenden l. 29 de S. P. U. 8, 2 genommen werden. Diese lautet:

> *Pomponius* libro XXXII ad Quintum Mucium: — Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est, damni infecti stipulationem locum habere.

Eine andere Erklärung, als daß nach dieser Stelle das Loch in der Mauer des Grundstücks sich befindet, welches, wenn die Servitut möglich wäre, das herrschende sein würde, und die Servitut demnach am wahrscheinlichsten in der Befugniß, das Spülwasser auf das fremde Grundstück ablaufen lassen zu dürfen, besteht, läßt sich wohl ohne Zwang kaum geben. Allein die Stelle, welche von einem ganz andern Juristen stammt und sich ursprünglich auf einen ganz

andren Fall bezogen haben wird, beweist uns nur, welchen Sinn die Compilatoren jener l. 28 beigelegt haben. Wenn wir nun berücksichtigen, mit welcher Leichtfertigkeit oft auf den bloßen Wortklang hin namentlich in den Servitutentiteln die Zusammenstellung der einzelnen Fragmente geschehen ist[l], so wird man diesem Umstande zur Interpretation der l. 28 wenig Gewicht beilegen dürfen, und möchte dabei auch das zu berücksichtigen sein, daß beide Stellen verschiedenen Klassen angehören, die erste der Sabinianischen, die zweite der Edictal-Klasse, so daß also eine gehörige Verarbeitung beider noch weniger zu erwarten ist.

Nachdem wir so den Inhalt der l. 28 de S. R. 8, 3 festgestellt haben, sehen wir, daß durch dieselbe zunächst der erste der beiden Sätze bewiesen wird, in welche wir oben die Forderung der causa perpetua auflößten. Es soll die Servitut nicht factische Voraussetzungen haben, welche nur durch eine wiederkehrende Thätigkeit des Eigenthümers des dienenden Grundstücks herbeigeführt werden, sondern unabhängig von dieser und ebenso auch von jeder Thätigkeit einer dritten Person lediglich aus den durch die Natur der Sache erzeugten Kräften und den in der Servitutbefugniß enthaltenen Mitteln hergestellt werden können. Unsere Quellen möchten uns keine weitere Beispiele für diese Regel bieten, obgleich doch deren allgemeine Geltung für alle Realservituten nicht nur durch innere Gründe unterstützt, sondern auch durch die allgemeine Bestimmung der l. 28: *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*, unzweifelhaft gemacht wird. Dagegen wird das Leben häufig Fälle schaffen, wo sich diese Regel des römischen Rechts als anwendbar erweist, so z. B. wenn es sich frägt, ob jemand ein Recht auf des Nachbars Rauch zu Gunsten seiner Rauchkammer als Realservitut erwerben kann[m].

---

l) Vergleiche das oben über l. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5 (§ 14) und über l. 16 de S. P. R. 8, 3 (§ 16) Gesagte, ferner die l. 13 § 1 comm. praed. 8, 4.

m) Mit dieser Regel mag es zusammenhängen, daß, wie Ulpian in l. 2 comm. praed. 8, 4 berichtet, nach altem Civilrechte da keine Wasserleitungsservitut bestellt werden konnte, wo das Wasser erst mit einem Schöpfrade gehoben werden mußte, bis Kaiser Antonin auch einer solchen Servitut

Die besprochene l. 28 de S. P. U. weist aber in ihrem zweiten Theile auch schon auf den zweiten der beiden obigen Sätze; indem sie eine perpetua causa da leugnet, wo die factischen Verhältnisse derartig sind, daß voraussichtlich das zur Ausübung der Servitut nöthige Material durch deren Benutzung in kurzer Zeit erschöpft sein wird. Wiederum der Gesichtspunkt, daß die Realservitut dem herrschenden Grundstück eine Eigenschaft verleihen solle, ließ diese Forderung aufstellen, indem ebenso, wie die von Celsus[n]) als Gleichniß für die Servitut gebrauchten bonitas, salubritas, amplitudo, wenn sie von Natur einem Grundstück zu Theil geworden sind, demselben bei zweckmäßiger Benutzung nie anders, als durch außerordentliche Unglücksfälle verloren gehen, so auch diese dem Eigenthümer verliehenen Befugnisse, nur dann als Realservituten, also als künstlich erzeugte Eigenschaften gelten sollen, wenn dem ganzen Verhältniß nicht von vorne herein der Todeskeim innewohnt und nicht schon aus Gründen, die in ihm selbst liegen, eine baldige Beendigung zu erwarten steht. Die Endlichkeit alles Irdischen, und daß darum jedes Verhältniß mit Nothwendigkeit untergehen muß, werden auch die Römer nicht verkannt haben; allein hier fordern sie auch nur, daß das Wann und Wie des Untergangs nicht schon bei der Constituirung der Servitut zu Tage liege.

Die Anwendung dieser Forderung auf die einzelnen Fälle muß jedoch unter billiger Berücksichtigung aller obwaltender Umstände und vor Allem der im Verkehr geltenden Ansichten, keineswegs aber bloß nach den Grundsätzen einer auf die Spitze getriebenen Consequenz

---

Schutz verlieh. Als das Schöpfrad zuerst üblich wurde, mochte man dieser selbständig ohne Menschenhülfe arbeitenden Maschine so wenig Zutrauen schenken, daß man eine regelmäßige, ununterbrochene Speisung der Wasserleitung von ihr nicht erwartete, man mochte sie ferner doch immer nur als ein Werkzeug ihres Eigenthümers (und das war, da sie mit dem Boden verbunden war, nicht der Servitutberechtigte, sondern der Eigenthümer der dienenden Sache) ansehen und daher eine Thätigkeit derselben als eine Thätigkeit des Herrn der dienenden Sache auffassen, von der ja eine Sevitut nicht abhängen durfte. Der einmal angenommene Satz blieb bestehen, auch als man sich schon lange gewöhnt hatte, das Schöpfrad den andren auf der belasteten Sache befindlichen Vorrichtungen gleich zu stellen, und erst spät schuf das Recht Abhülfe dagegen.

n) L. 86 de V. S. 50, 16.

geschehen, wie die in den Quellen behandelten Servitutenbildungen beweisen mögen. Wir finden dort mehrfach die servitus arenae fodiendae oder die servitus cretae oder lapidis eximendi, und zwar ausdrücklich als Realservituten erwähnt*), und doch läßt sich bei diesen mit Sicherheit voraussehen, daß, wie auch den mineralogischen Erfahrungen der Römer nicht entgangen sein wird, der Sand-, Kreide- und Steinvorrath auf dem dienenden Grundstück bei fortgesetzter Ausübung der Servitut erschöpft und von der Natur, selbst wenn man mit Plinius ein Wachsen der Steine annehmen wollte, nicht in gleicher Weise erneuert wird. Allein der Bedarf des herrschenden Grundstücks in diesen Dingen ist verhältnißmäßig meistens so gering, daß bei einem nur einigermaßen größeren Vorrath auf dem dienenden Grundstück eine Erschöpfung bei fortgesetztem Gebrauch doch erst nach einer so langen Reihe von Generationen zu erwarten steht, daß dem täglichen Leben das als eine Ewigkeit deucht, was der Mathematiker auf bestimmte Jahre berechnen kann. Dieses Urtheil des Verkehrs wird sich darin manifestiren, daß wenn mal der allgemeine Werth einer solchen auf eine zwar lange aber doch voraussichtlich endliche Zeit begründeten Befugniß zu ermitteln ist, dieser nicht verschieden von dem sein wird, wo das Ende in einer noch viel späteren Zeit zu erwarten steht, oder gar kein Ende abzusehen ist. Sollte aber in einem Falle das Steinlager u. s. w. im Verhältniß zu dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks so gering sein, daß eine baldige Erschöpfung auf das Scherste, erwartet werden kann, so möchten auch die oben genannten Servituten wegen Mangels der perpetua causa wenigstens als Realservituten unzulässig sein. Zwischen diesen beiden Fällen werden nun manche Uebergänge liegen, wo der Richter fast nur in seinem individuellen Gefühl und seinem juristischen Takt den einzigen Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage finden wird, ob eine causa perpetua vorhanden und ob die Zeit, in welcher die Befugniß geübt werden kann, so lange ist, daß sie für die Schätzung des Rechtsverhältnisses in seiner Bedeutung für die Gegenwart der Unendlichkeit gleichkommt, und demselben noch nicht den Charakter eines nur vorübergehenden und kurz dauernden Zustandes zu verleihen vermag.

---

*) L. 5 de S. P. R. 8, 3.

Die Lehre von der perpetua causa hat aber ihre besondere Ausbildung für die auf Bezug von Wasser gerichteten Servituten erhalten, und zwar in einer Weise, welche dem seither aufgestellten Gesichtspunkt nicht immer entspricht, sondern die sonst für die Servitutenerrichtung gestattete Freiheit mehrfach beschränkt und Regeln aufstellt, für die in manchen Fällen ein innerer Grund nicht vorhanden sein möchte. Schon die l. 28 de S. P. U. spricht ganz allgemein den Satz aus, daß an einem See oder Sumpf wegen Mangel der perpetua causa keine Wasserleitungsservitut bestehen kann. Diese Regel unterliegt freilich wohl noch der Modification, daß dies nur für solche Seen gilt, in denen keine Quellen entspringen, oder die keinen Zufluß durch Bäche oder Flüsse erhalten, indem in andern Stellen unter dieser Bedingung die Möglichkeit einer Wasserleitungsservitut anerkannt wird[p]). Allein selbst noch unter dieser Einschränkung lassen sich Fälle denken, wo dieser Satz zu Härten führt, welche der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen, indem z. B. dadurch eine Servitut unmöglich wird, welche eine Wasserleitung zwar an einem See ohne regelmäßigen Zufluß schaffen soll, aber nur so wenig Wasser zur Speisung bedarf, daß der Vorrath bis zur nächsten Regenzeit, wo sich der See wieder füllt, völlig ausreicht, oder welche nur im Frühjahr Nutzen gewähren kann, wo ebenfalls der Wasservorrath des Winters sie genügend zu speisen vermag. Noch auffallender ist es aber, wenn nicht bloß die Wasser*leitungs*servitut unzulässig an solchen zuflußlosen Seen erklärt wird, sondern sogar jede nur auf das Wasser*schöpfen* gerichtete Servitut[q]), wo es doch noch viel-

p) L. 1 § 8 de aqua quot. 43, 20; l. 1 § 4 de fonte 43, 22. Man hat freilich, da diese Stellen zunächst nur von dem Interdictenschutz in solchem Falle reden, annehmen wollen, daß erst das prätorische Recht die Wasserleitungsservituten aus Seen zugelassen habe; allein jene Stellen lassen durchaus nicht vermuthen, daß der Prätor hier etwas Neues eingeführt habe, sondern er knüpft nur sein Interdict an die Voraussetzungen des Civilrechts.

q) Dies ergiebt sich nämlich daraus, daß *Ulpian* in der l. un. de fonte 43, 22 zunächst im §. 1 sagt:

> Hoc interdictum proponitur ei, qui fontana aqua uti prohibetur; servitutes enim non tantum aquae ducendae esse solent, verum etiam hauriendae; et sicut discretae sunt servitutes ductus aquae, et haustus aquae, ita interdicta separatim redduntur.

mehr auf der Hand liegt, daß für das herrschende Grundstück daraus ein dauernder und immer wiederkehrender Vortheil gewonnen werden kann, und es noch viel weniger zu erwarten ist, daß durch ein bloßes Schöpfen der Teich vor Eintritt der Regenzeit gänzlich geleert wird. Dieselben Regeln gelten auch für die künstlich gemachten Wasserbehälter, für die Cisternen, welche nur durch Regenwasser, nicht durch Quellen gefüllt werden, obgleich sich auch hier wieder ein dauernder Nutzen denken läßt [r]). Ja selbst, wenn der Gebrauch einer solchen Cisterne dieselbe auch jedesmal bald erschöpfen würde, müßte, wenn man lediglich die allgemeinen Principien der römischen Servitutenlehre entscheiden ließe, eine Realservitut auf Gebrauch des darin befindlichen Wassers bestellt werden können, sobald sich nur in Regenzeiten die Cisterne von selbst d. h. ohne Mitwirkung des Eigenthümers derselben füllen kann. Denn daß eine Servitut ununterbrochen benutzt wird, ist keineswegs nöthig, und lassen sich nur in kurzen von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Perioden gar manche Servituten ausüben, ohne daß ihnen deßhalb die perpetua causa abgesprochen wird, wie denn ja auch selbst die Wasserleitungsservituten sehr häufig auf bestimmte Jahres- oder Tageszeiten beschränkt waren [s]). Nöthig ist nur, daß voraussichtlich die Umstände niemals aufhören, die es möglich machen, daß die Servitut Nutzen gewährt; diese sind aber in dem angenommenen Falle das Klima, in Folge dessen es von

---

Dann fährt er nach einigen Bemerkungen über die Art der Störung, welche vorhergegangen sein muß, und die Personen, denen das Interdict zusteht, im §. 4 also fort:

> Hoc interdictum de cisterna non competit; nam cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam; ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit; cisternae autem imbribus concipiuntur. Denique constat interdictum cessare, si lacus, piscina, puteus vivam aquam non habeat.

Hier wird also in Beziehung auf beide Servituten, auf die Wasserleitungs- und auf die Wasserschöpfungsservitut, ausgesprochen, daß den Cisternen und Teichen die perpetua causa fehlt, wenn sie nicht viva aqua haben.

r) Vgl. den abgedruckten §. 4 der cit. l. un. de fonte.

s) Selbst wenn dies dadurch veranlaßt wird, daß nur zu bestimmten Jahreszeiten so viel Quellwasser vorhanden ist, um die Leitung zu füllen, sind noch Servituten an diesem Wasser möglich. Arg. leg 6 de aq. quot. 43, 20.

Zeit zu Zeit regnet, die Vorrichtung, in Folge dessen sich das gefallene Regenwasser aus einem bestimmten Umkreise an einem Orte sammelt und dort einige Zeit aufbewahrt wird, ferner die Vorrichtung, wodurch es von dort auf das zu bewässernde Grundstück gebracht werden kann, und endlich der Zuwachs, den die Brauchbarkeit des letztern dadurch erhält, daß noch einige Zeit, nachdem der Regen aufgehört hat, der Boden befeuchtet werden kann; — also lauter Verhältnisse, die meistens ebenso gleichmäßig fortdauern, wie die Voraussetzungen anderer Realservituten. Dennoch wird, wie gesagt, hier die Möglichkeit einer servitus aquaeductus oder aquae haustus auf das Bestimmteste geleugnet, und merkwürdiger Weise hält das prätorische Recht die hier vom Civilrecht gezogenen Schranken durchaus fest, wie namentlich für das Interdict de fonte so bestimmt ausgesprochen wird [t]).

Die Gründe, welche hier solche mit den sonst für die Servituten herrschenden Principien wenig in Einklang stehende Bestimmungen schuf, vermag ich nur in den Zeiten zu finden, wo das Recht und namentlich das Servitutenrecht noch weniger entwickelt war. Wir haben schon in der Einleitung ausgeführt, wie die Wasserleitungsservitut zu den ältesten Servituten gehört und ihre Anfänge in sehr frühe Zeit zurückreichen. Damals aber trug das ganze Recht noch den Charakter der Starrheit und Unbeholfenheit, und der individuellen Willkühr mochte selbst bei Errichtung der Servituten ein nur geringer Spielraum gewährt sein [u]). Die Wege- wie die Wasser-

t) **L. un. § 1 et § 4 cit.** Vgl. auch l. 1 § 5 und flgd. **de aqua quot. 43, 20.** Die Worte des **P a u l u s** in **l. 9 de S P. R.**: **hodie tamen ex quocunque loco (servitus aquae ducendae vel hauriendae) constitui solet**, stellen keineswegs ein anderes Princip auf, sondern beziehen sich nur auf den eben vorhergegangenen Satz, wonach früher nur **ex capite vel ex fonte** Wasser geleitet werden konnte, und heißen daher nur, daß von jedem Theile eines Baches aus die Wasserleitung beginnen kann. Der Beweis dafür liegt außer in dem Wortlaut darin, daß diese Stelle von **P a u l u s** stammt, der in der **l. 28 de S. P. U.** die im Text aufgestellte Regel als praktisch lehrt, und nach ihm noch manche später Lebende dieselbe wiederholt haben. Ueber den hier berührten Satz des ältern Rechts, wonach **ex capite vel ex fonte** das Wasser zu beziehen sei, siehe unten im speciellen Theil bei der Lehre von den betreffenden Servituten.

u) Vgl. oben § 15 S. 134.

leitungsservituten hielten überall die bestimmten, unabänderlichen Formen ein, unter denen sie sich im Rechte Bahn gebrochen hatten, und dazu mochte auch gehören, daß ein Aquäduct nur an aqua viva bestellt werden könne. Es mußte nämlich alsbald einleuchten, daß ein zuflußloser Teich eine große Wasserleitung nur kurze Zeit speisen und dann für immer erschöpft sein könne, und daß daher durch die Verleihung einer Wasserleitungsbefugniß an einem solchen Teiche nur ein kurzes vorübergehendes Verhältniß entstehen würde, nicht aber darauf ein solches dauerndes Institut basirt werden könnte, wie es mit dem Namen aquaeductus bezeichnet wurde[v]). Das Recht mußte daher eine Grenze angeben und bestimmen, wie viel Wasser vorhanden sein müsse, um eine derartige Befugniß als Realservitut zu constituiren. Wir haben allgemein für die Servitutenlehre oben das Kriterium gefordert, daß der Schätzung des Verkehrs gemäß die Aussicht auf künftige Erlöschung der Voraussetzungen der Servitut so gering sei, daß das Verhältniß in seiner Bedeutung für die Gegenwart als ein unendliches erscheine. Diese Verweisung auf die Ansichten des Verkehrs war aber für die ältesten Rechtszustände durchaus ungenügend; diese bedurften eines mehr äußerlichen, handgreiflichen Kriteriums, und als solches konnte sich leicht der Satz bilden, daß Wasserleitungen nur möglich sein, wo viva aqua vorhanden sei, da ja dies der gewöhnlichste Fall war, und da bei Beobachtung dieser Regel niemals ein baldiger Untergang der Servitut wegen Wassermangel zu befürchten stand.

War diese Beschränkung nun einmal zur Anerkennung gelangt, so wurde auch mit recht römischer Zähigkeit daran festgehalten, und sie darum auch auf die servitus aquae haustus übertragen, als diese wie wir schon andeuteten, wahrscheinlich in unmittelbaren Anschluß an die Wasserleitungsservitut und in einer Zeit entstand, wo das Recht noch nicht zu der wissenschaftlichen Freiheit und Durchbildung, die es später behauptete, gelangt war. Das Bedürfniß mochte auch niemals dringend genug sein, um diese Beschränkungen für die Wassergerechtigkeiten aufzuheben, und so erhielten sie sich als Singulari-

v) Der Umstand, daß für die meistens sehr großartigen öffentlichen Leitungen derselbe Name gebraucht wurde, zeigt, wie damit der Begriff der Stetigkeit, der fortdauernden Benutzbarkeit verbunden war.

täten, während bei den übrigen Servitutenbildungen entsprechende Vorschriften gänzlich fehlen.

In einer Beziehung erhielt die Wasserleitungsservitut freilich schon im römischen Recht eine Ausdehnung. In ihrer engen Umgrenzung gewährte sie nur das Recht, die zur Leitung von Quellwasser nöthigen Vorrichtungen zu treffen, und setzte darum voraus, daß die erste und wesentlichste Bedingung, Quellwasser, wirklich vorhanden sei. Als aber die Frage entstand, ob nicht auch eine Servitut dahin bestellt werden könne, daß man erst nach Wasser auf dem dienenden Grundstück suchen, und wenn man solches gefunden habe, dasselbe ableiten dürfe, konnte man das nicht leugnen, da man zugelassen hatte, daß andere Servituten, namentlich die städtischen, errichtet wurden, schon ehe alle Voraussetzungen zur Ausübung vorhanden waren[w]); allein eine eigentliche servitus aquaeductus wollte Labeo hier noch nicht zulassen[x]), sondern nahm eine eigene Servitut dieses Inhalts an, Paulus dagegen war weniger streng, und gestattete diese geringe Abweichung von der stereotypen Form der Wasserleitungsservitut[y]).

Wir haben seither die strengen Forderungen, welche hinsichtlich der perpetua causa bei den Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsservituten gemacht werden, als eine ihnen eigenthümliche Singularität dargestellt, und die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch dadurch

---

w) Es hätte nahe gelegen derartige Servituten als bedingte Servituten aufzufassen, so daß die servitus aquaeductus bestellt werde unter der Bedingung, daß Wasser gefunden werde. Allein das war unmöglich wegen des Grundsatzes, daß eine Realservitut unbedingt errichtet werden muß (s. § 19), und so mußte man, sollte eine derartige Servitut gültig bleiben, das Suchen nach Wasser als einen Theil der Servitutbefugniß auffassen.

x) L. 10 de S. P. R. 8, 3. *Paulus* libro XLIX. ad Edictum. — *Labeo* ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat; nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aeque liceat, nondum inventa aqua eundem constituere servitutem? Et si ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest.

y) L. 21. si serv. vindic. 8, 5. *Labeo* libro I. Pithanon a *Paulo* epitomatorum. — Si qua aqua nondum apparet, eius iter, ductus constitui non potest. Paulus: imo puto idcirco id falsum esse, quia cedi potest, ut aquam quaereres, et inventam ducere liceret.

bewiesen, daß bei einigen ebenfalls auf Wasserbezug gerichteten, aber erst später entstandenen städtischen Servituten, der servitus stillicidii oder fluminis non avertendi, von diesem Requisit der aqua viva durchaus nicht die Rede ist. Während man durch eine Realservitut nicht ermächtigt werden konnte, aus einer auf fremden Boden belegenen und durch Regenwasser gefüllten Cisterne Wasser abzuleiten, konnte man dagegen wohl vermöge einer Realservitut das auf fremden Boden gefallene Regenwasser sofort, wie es gefallen war, auf sein Grundstück ableiten, ohne daß man hier geltend machte, wie solches Leitungsrecht nur zeitweilig und nur, wenn zufällig Regen gefallen war, ausgeübt werden konnte. Allein die letztern Servituten hatten einen ganz andern Bildungsgang genommen, man hatte die servitus stillicidii und fluminis zugelassen, die dem dienenden Grundstück auferlegte, das Wasser vom fremden Dach aufzunehmen, und sah nun, daß daraus neben der Last auch häufig ein Vortheil für den Empfänger des Wassers entstehen konnte. Um ihm diesen Vortheil zu sichern, damit er nicht durch einseitige von dem Herrn bewirkte Veränderungen des Daches entzogen werden könne, schuf man die servitus stillicidii non avertendi, wahrscheinlich ohne sich der Aehnlichkeit mit der in der äußern Erscheinung so ganz verschiedenen servitus aquaeductus irgend bewußt zu sein, und ohne daß man daher, wie man das gewöhnlich aufzufassen pflegt, den Charakter der aqua viva auf das eben gefallene Regenwasser übertrug. Dieser Begriff ist nur den alten Servituten des aquaeductus und aquaehaustus eigen.

§. 18.

Fortsetzung. Erforderniß der Nachbarschaft zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstück.

Nach einer Richtung hin ist der Lehre, wonach die Servitut derartig sein muß, daß die Benutzung des herrschenden Grundstücks durch dieselbe befördert wird, eine ganz besondere Ausbildung zu Theil geworden, indem wir über die Lage, welche das herrschende und dienende Grundstück zu einander haben müssen, ganz detaillirte Vorschriften in unsern Quellen finden. Sie sollen benachbart (vicini)

sein, ist die wiederholt aufgestellte Forderung[a]); daß diese aber nur aus der Beobachtung hervorgegangen ist, daß ein solches Servitutverhältniß zwischen Grundstücken, die von einander entfernt sind, keinen dauernden Nutzen gewähren könne, erfahren wir z. B. aus l. 5 si serv. vind. 8, 5, wo Paulus sagt:

> Ed ideo si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur, quia donec tu non extollis, est *utilitas servitutis*.

Die Nachbarschaft wird aber nicht überall in dem Sinne gefordert, daß die beiden Grundstücke unmittelbar an einander stoßen[b]), und das möchte auch der Sinn der l. 6 pr. comm. praed. 8, 4 sein, wo für den Fall, daß jemand eins seiner beiden Grundstücke veräußert und dabei einem derselben zu Gunsten des andern eine Servitut bestellt, gesagt wird: parvique refert *vicinae* sunt ambae aedes, an non; vicinus steht da in dem Sinne der unmittelbaren Nachbarschaft. Man hat freilich auch hieraus (vgl. S. 139) eine Singularität für die durch Retention bei Veräußerung des dienenden Grundstücks entstandenen Servituten folgern wollen; allein, wie man keinen genügenden innern Grund für eine solche Retention hat anführen können, so widerlegt sich diese Ansicht auch noch dadurch, daß Ulpian jenen Zusatz selbst für den Fall macht, wo zu Gunsten des veräußerten Grundstücks eine Servitut an dem Grundstück, welches der seitherige Eigenthümer behält, errichtet wird, also der Begriff der Retention ganz unanwendbar ist.

Wenn wir nun dieses Erforderniß der Vicinität zergliedern, so werden wir darin ein doppeltes Moment enthalten finden:

1) Es dürfen die beiden Grundstücke nicht in einer solchen Entfernung von einander liegen, daß die Ausübung der Servitut voraussichtlich keinerlei Nutzen gewähren kann[c]), oder dieser doch durch die Mühen und Kosten, welche die weite Entfernung herbeiführt, völlig ausgeglichen wird. Wie groß die Entfernung aus diesem

---

a) L. 5 § 1 de S. P. R. 8, 1; l. 6 § 5 de act. emt. vend. 19, 1; l. 14 § 3 de alim. legat. 34, 1; l. 17 de stipul. serv. 45, 3.

b) L. 8 pr. de oper. novi nunt. 39, 1.

c) L. 38 et 39 de S. P. U. 8, 2.



Grunde sein darf, kann natürlich nicht ein für alle Mal festgesetzt werden, sondern wird diese Frage in jedem einzelnen Fall einer sachverständigen Ermittlung aller Umstände bedürfen, wo wiederum das Urtheil des Verkehrs, in so weit es sich in der Schätzung des Werthes einer solchen Berechtigung manifestirt, der einzige Anhaltspunkt sein wird. Es kann mitunter das Recht, Steine zu brechen, Holz zu fällen, Vieh auf die Weide treiben, für ein Grundstück, das meilenweit von dem belasteten Boden entfernt ist, von der größten Bedeutung sein, und wiederum können diese Rechte auf einem allzu entfernten Grundstück vielleicht nur so geübt werden, daß die Kosten der Ausübung weit höher sind, als der Werth des Ertrags, und so keinerlei Vortheil durch die Servitut erreicht wird. Ferner kann eine Berechtigung, welche gegen das Verbauen der Aussicht schützen soll, auch wenn das dienende Grundstück weiter entfernt ist, das herrschende Grundstück, indem sie seine jetzige Aussicht schützt, nach allgemeiner Ansicht angenehmer und darum werthvoller machen; dagegen kann aber auch die Entfernung so weit sein, daß nur ein Sonderling durch vorgenommene Bauten gestört werden kann, und daher eine Realservitut nicht zuzulassen ist. Die Grenzen werden auch hier in dem einzelnen Falle häufig schwer zu finden sein, und muß man im Zweifel doch wohl annehmen, daß die Constituenten der Servitut am besten wissen mußten, ob die fragliche Befugniß wirklich dem herrschenden Grundstück einen dauernden Vortheil gewähre, oder nicht. Doch eben nur im Zweifel wird für die Servitut vermuthet werden müssen.

Schrader[d]) leugnet freilich, daß die Frage, ob zwei Grundstücke in diesem Sinne benachbart seien, lediglich nach allgemeinen Rechtsansichten beantwortet werden könne; denn auch da, wo die Ausübung einer Servitut an einem viele Meilen entfernten Grundstücke noch Vortheil gewähren könne, sei doch keine Vicinität im römischen Sinne vorhanden. Allein wir haben keine Stelle, wo ein bestimmter Maaßstab für die Beurtheilung derselben angegeben, oder ihr nur eine so enge Bedeutung beigelegt wird, und die Art und Weise, wie Schrader seine Ansicht begründet, vermag uns nicht dafür zu überzeugen. Denn er sagt, solche Berechtigungen an entfernten Grund-

d) Civilistische Abhandlungen S. 323 ff.

stücken könnten der Natur der Sache nach nur Weideservituten sein, was, wie die obigen Beispiele zeigen, schon unrichtig ist; solche Weideservituten an entfernten Grundstücken hätten sich aber bei der so gewöhnlichen Weidegerechtigkeit am ager publicus nicht ausbilden können. Die Bestimmung, daß der Innehaber einer Weideservitut auf dem dienenden Grundstück, wenn solches bei der Constituirung festgestellt ist, ein tugurium[c]), eine Hütte, haben kann, „ut“, wie es ausdrücklich heißt, „si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam“, weist aber schon darauf hin, wie auch Weideservituten an nicht grade in der nächsten Nachbarschaft liegenden Grundstücken vorgekommen sein müssen. Außerdem aber hängt Schraders Behauptung mit der von ihm gehegten Ansicht zusammen, wonach nur diejenigen Servitutenbildungen nach römischem Recht zulässig gewesen sein sollen, welche sich erst im römischen Leben Bahn gebrochen hatten, während doch, wie wir im § 15 ausführten, schon im klassischen Recht das Resultat dieses Bildungsprocesses erreicht wurde, daß jede Befugniß Gegenstand einer anerkannten Realservitut sein könne. Demnach möchte Schraders Behauptung nicht bewiesen sein.

2) Wenn für Realservituten Vicinität gefordert wird, so hat das aber auch weiter die Bedeutung, daß beide Grundstücke die Lage zu einander haben sollen, daß die Ausübung nicht durch ein drittes zwischenliegendes Grundstück gehindert wird, und dieses ist es ganz besonders, was die Quellen bei der Forderung der Vicinität im Auge haben. Nach dieser Richtung unsers an die Spitze gestellten Satzes hin, kommt daher nichts auf die Länge der Entfernung zwischen beiden Grundstücken an, sondern auf die Beschaffenheit dessen was dazwischen liegt. Dabei muß aber zwischen zwei Arten der Servituten unterschieden werden, nämlich zwischen denen, welche die Befugniß ertheilen, etwas auf des Nachbars Grundstück vorzunehmen oder daselbst eine Vorrichtung zu haben (positive Servituten), und denen, vermöge welcher gewisse Handlungen auf dem dienenden Grundstück nicht von andern vorgenommen werden dürfen (negative Servituten).

Bei dieser letztern Art ist zur Ausübung der nur auf ein Verbieten gerichteten Befugniß durchaus nicht erforderlich, daß man eine

c) L. 6 de S. P. R. 8, 3.

Handlung auf dem dazwischenliegenden Gebiete vornehme, und darum kann dieses nur in so fern störend auf die Servitut einwirken, als es von einer Beschaffenheit ist, welche dem herrschenden Grundstück die Vortheile der Servitut entzieht und es für den Berechtigten gleichgültig macht, ob die fraglichen Handlungen auf dem belasteten Grundstück vorgenommen werden, oder nicht. Da hier die Servitut eine unnütze wäre, so kann sie wegen mangelnder Vicinität nicht bestellt werden. Wenn aber die factische Beschaffenheit des zwischenliegenden Grundstücks nicht derartig ist, so könnte möglicher Weise die Forderung gemacht werden, es müsse der nöthigen perpetua causa wegen auch von vorneherein Bürgschaft vorhanden sein, daß nicht Aenderungen auf demselben getroffen würden, welche die Ausübung der Servitut unmöglich machen, und müßte daher nöthigenfalls, wenn nicht schon die Natur der Sache derartige hindernde Vorrichtungen undenkbar machte, eine entsprechende Servitut auch diesem zwischenliegenden Grundstück aufgelegt werden, um jener Servitut an dem entfernten Grundstück einen dauernden Nutzen zu sichern. Das römische Recht theilt aber nicht diese Auffassung, sondern, da es nur in so fern eine perpetua causa für die Servituten fordert, als nicht von vorne herein der baldige Untergang ein gewisser ist, so genügt es hier, wenn nur nicht schon zur Zeit der Servituterrichtung durch die Beschaffenheit der zwischenliegenden Sache eine Unmöglichkeit herbeigeführt wird[f]. Wenn sich dann später die Sache so ändert, daß die Benutzung der Servitut keinen Vortheil mehr gewährt, so erlöscht die Servitut auch noch nicht sofort, sondern sie wird nur suspendirt und geht erst später in Folge von Nichtgebrauch nach Ablauf einer bestimmten Zeit gänzlich unter[g]. Die Aenderung auf dem zwischenliegenden Grundstück kann aber auch derartig sein, daß die Servitut nicht ganz unnütz wird, sondern nur theilweise, und dann wird auch die Servitut nur theilweise suspendirt, so wenn z. B. eine Servitut besteht, vermöge deren von einem entferntern Grundstück aus die Aussicht nicht verbaut werden darf, und der Zwischenlieger ein Gebäude von mäßiger Höhe errichtet. Hier darf der Servitutberechtigte, so lange jenes

---

f) L. 5 si serv. vind. 8, 5.

g) L. 6 pr. si serv. vind. 8, 5; arg. leg. 13 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

Haus existirt, es nicht verhindern, daß auf dem dienenden Grundstück gebaut wird, wenn nur die durch jenen Zwischenbau noch übrig gelassene Aussicht in keiner Weise dadurch beengt wird. So kann es denn geschehen, daß auf dem dienenden Grundstück nach Umständen noch höher gebaut werden kann, als der zwischenbau ist.

Bei den positiven Servituten besteht die Ausübung in der Vornahme einer Handlung auf dem dienenden Grundstück, und dazu ist es nöthig, daß man sich selbst dorthin begiebt, oder die entsprechenden Vorrichtungen dort inne hat, und beides ist nur möglich, wenn man auch auf dem zwischenliegenden Grundstück eine entsprechende Handlung vorzunehmen oder eine derartige Vorrichtung inne zu haben vermag. Es genügt aber dazu nicht bloß, daß man das einmal thuen kann, oder daß man es vielleicht gar eigenmächtig und widerrechtlich thut, sondern, damit die Vorschrift über die causa perpetua gewahrt wird und demnach voraussichtlich ein dauerndes Verhältniß hergestellt wird, muß man kraft Rechtens eine solche Handlung vornehmen können. Dieses ist aber nur möglich:

a) wenn der zwischenliegende Ort in der Art ein öffentlicher und zum allgemeinen Gebrauch bestimmter ist, daß gerade die fragliche Handlung darauf von jedem vorgenommen werden kann[h]). Ist diese dagegen untersagt, weil dadurch der allgemeine Gebrauch gestört wird, wie wenn z. B. über einen öffentlichen Weg Wasser geleitet oder derselbe überbaut werden soll, so hindert er die Servitut[i]), und nur wenn obrigkeitliche Erlaubniß erlangt ist, auch diese sonst verbotene Handlung auf dem öffentlichen Orte vorzunehmen, und dadurch derselbe in ein servitutähnliches Verhältniß getreten ist, macht er die Servitut nicht unmöglich[k]). War der zwischenliegende Ort sacer, sanctus oder religiosus, so konnte, da derselben nach heiligem Rechte nicht berührt werden durfte, keine Servitut bestellt werden, die nur über denselben ausgeübt werden konnte[l]).

b) Eine andere Möglichkeit ist die, daß der zwischenliegende

h) L. 1 pr. de S. P. U. 8, 2; l. 14 § 2 de serv. 8, 1; l. 17 § 2 de aqua et aq. pl. arcend. 39, 3.

i) L. 1 pr. de S. P. U 8, 2.

k) L. 14 § 2 de serv. 8, 1.

l) Daselbst § 1 und l. 17 § 3 de aqua et aq. pl. arc. 39, 3.

Raum dem Berechtigten eigenthümlich gehört, wo er natürlich auf denselben die zur Ausübung der Servitut nöthigen Handlungen vornehmen kann[m]). Veräußert er das zwischenliegende Stück, ohne ihm eine Servitut aufzulegen, so kann die alte Servitut nicht mehr geübt werden; sie ist daher suspendirt und erwacht erst wieder, wenn vor Ablauf der Verjährungszeit das zwischenliegende Stück von dem Berechtigten zurückerworben[n]), oder ihm eine entsprechende Servitut auferlegt wird[o]). Denn

c) ist auch da eine Servitut an einem entferntern Grundstück möglich, wo man durch Servituten an den zwischenliegenden Grundstücken zur Vornahme der entsprechenden Handlungen berechtigt ist[p]). Es entsteht hier aber die Frage, ob nicht ein Precarium genüge, vermöge dessen man auf dem zwischenliegenden Grundstück das thuen dürfe, was zur Ausübung der Servitut nöthig ist. Ist dies nur dem jetzigen Berechtigten für seine Person, oder nur auf eine bestimmte Anzahl Jahre gestattet, so ist die Servitut wegen Mangels der perpetua causa unzulässig; ist es aber allgemein bis auf Widerruf erlaubt worden, so möchte die Analogie der negativen Servituten für die Zulässigkeit einer solchen Servitut sprechen. Denn wie es da genügt, daß das zwischenliegende Grundstück nur factisch die Ausübung der Servitut nicht unmöglich macht, und der Umstand, daß der Zwischenlieger in jedem Augenblick durch Vornahme von Veränderungen die Servitut vereiteln kann, dieselbe nicht anzugreifen vermag, so wird die Möglichkeit, daß das precario Gestattete jeder Zeit rückgängig gemacht werden kann, auch nicht die Existenz einer derartigen Servitut verhindern können. Einen positiven Beleg für diese Ansicht finden wir auch in l. 23 § 3 de S. P. R. 8, 3, wo Paulus sagt, daß bei einer Theilung des herrschenden Grundstücks es für diejenigen, welche entferntere Theile desselben erhalten, damit sie die auf ihren Theil fallende Servitut ausüben können, nöthig sei, „ut transitum per reliquas partes fundi divisi *iure* habeant, aut

m) L. 17 § 3 cit.; l. 7 § 1 comm. pr. 8, 4.

n) L. 13 quemadm. serv. amitt. 8, 3.

o) L. 7 § 1 comm. pr. 8, 4.

p) L 7 § 1, l. 23 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 17 § 4 de aqua et aq. pl. arc. 39, 3.

si proximi patiantur, transeant". Also dem iure habere wird entgegengesetzt die Ausübung in Folge eines pati, also auch die in Folgen eines precarium, und wenn daher derselbe Paulus in l. 7 § 1 de S. P. R. ganz allgemein sagt:

> In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit,

so ist das eine ungenaue Redeweise, und das praedium, quod servit soll das sein, über welches der Uebergang u. s. w. gestattet ist.

Seither haben wir davon gehandelt, daß eine Servitut nicht an einem entfernteren Grundstück geübt werden kann, weil rechtliche Gründe die nöthige Benutzung der zwischenliegenden Strecke unmöglich machen; solche kann aber auch aus factischen Gründen ausgeschlossen sein, wie sich das z. B. von selbst ergiebt, wenn ein unergründlicher Sumpf zwischen zwei Grundstücken liegt, die etwa durch eine Wegeservitut verbunden werden sollen. Während man nun aber nach Analogie der sonst hinsichtlich der Vicinität geltenden Regeln glauben sollte, daß die Frage, ob die Ausübung durch die factische Beschaffenheit der zwischenliegenden Strecke nicht gehindert werde, ganz mit der zusammenfalle, ob die Ausübung physisch möglich sei, so wird dennoch von Paulus in zwei Stellen eine Servitut schon für unzulässig erklärt, weil die Ausübung der Beschaffenheit der dazwischenliegenden Strecke wegen schwierig, aber keineswegs unmöglich ist. Jn l. 17 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3 sagt er im § 2, Wegegerechtigkeiten könnten auch an einem jenseits eines öffentlichen Flusses belegenen Grundstück bestellt werden, „si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis" und im § 3 fährt er fort: ein Fluß, der an Furten durchwatet werden könne, unterbreche eine Servitut nicht. Darin liegt denn also schon, daß wenn man nur mit Hülfe eines Schiffes über den Fluß kommen kann, wie das doch auch bei dem größten Flusse möglich ist, gleichwohl auf dem jenseitigen Ufer keine Servitut bestellt werden könne. Ganz bestimmt sagt dies Paulus denn auch in l. 38 de S. P. R. 8, 3. Dort heißt es: Wenn zwischen zwei Grundstücken ein Fluß fließt[q]), der

q) Die Worte lauten: Flumine interveniente via constitui potest, si aut vado transiri potest, aut pontem habeat; diversum, si pontonibus trajiciatur. Haec ita, *si per unius praedia flumen currat;* alioquin

durchwatet werden kann, oder über den eine Brücke führt, so kann eine Wegeservitut zu Gunsten des einen an dem andern constituirt werden; dagegen ist das nicht möglich, wenn man nur mit einer Fähre über denselben gelangen kann.

Man hat vergeblich nach einem tiefern Princip dieser Entscheidung gesucht. Wir erwähnten schon im vorigen Paragraphen, wie man aus dem Requisit der perpetua causa hat ableiten wollen, daß die Servitut bloß durch Mittel möglich sei, welche in der Natur der concreten Servitut enthalten sind, und das sei bei Wegeservituten das Gehen, nicht aber das Schiffen über einen Fluß. Wir glauben auch schon dort diese Ansicht widerlegt zu haben. Ferner hat man die Entscheidung des **Paulus** durch den Satz motivirt, daß nur die Befugniß Gegenstand einer Realservitut sein könne, welche voraussichtlich von jedem nachfolgenden Besitzer des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden könne; eine solche unterbrochene Wegeservitut könne aber nicht schon von jedem Besitzer als solchem geübt werden, sondern nur von dem, welcher zugleich ein Schiff besitze. Daß jeder ein solches habe, sei nicht zu vermuthen, und darum fehle der Servitut von vorneherein die perpetua causa. Nun aber wird in l. 23 § 1 de S. P. R. ausdrücklich die servitus navigandi als Realservitut erwähnt, die doch immer nur dann von dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden kann, wenn er ein Schiff hat, ebenso in l. 1 § 8 de mortuo inferendo 11, 8 eine Servitut, vermöge deren man eine Baumaschine auf fremdem Grundstück aufstellen kann, die auch wieder nur von dem benutzt werden kann, der eine solche Baumaschine hat. Demnach darf das Princip von der perpetua causa nicht so weit ausgedehnt werden und vermag auch nicht die obigen Entscheidungen des Paulus über die Wegeservituten an

---

si tua praedia mihi vicina sint u. s. w. In Verbindung mit den Anfangsworten „Flumine *inter*veniente" können die gesperrt gedruckten Worte nur den Sinn haben, daß der Fluß das Grundstück, welches das herrschende sein soll, von dem Grundstück eines andern, welches belastet werden soll, trennt, nicht aber den, welchen der Wortlaut allein betrachtet zu fordern scheint, daß an beiden Seiten des Flusses Grundstücke desselben Herrn liegen, und diese die belastete Sache sein sollen; denn dieser Fall wird in einem der folgenden Sätze dieser l. 38 (Sed videamus u. s. w.) ausdrücklich besprochen, und dafür eine entgegengesetzte Entscheidung gegeben.

dem jenseitigen Ufer eines Flusses zu rechtfertigen. Aus eigenthümlichen Rechtsverhältnissen, welche aus dem Charakter des Flusses als eines öffentlichen fließen, kann ebenfalls dafür nichts hergeleitet werden, indem es ebenso jedem freisteht, auf einem öffentlichen Fluß zu schiffen, wie auf einem öffentlichen Weg zu gehen, und daher der Ausübung einer solchen Servitut, so weit man deßhalb über den Fluß setzen muß, kein rechtlicher Grund entgegensteht.

Es möchte aber auch überhaupt unmöglich sein, einen andern innern Grund dieser Bestimmung aufzufinden, als einen historischen, und dafür spricht denn auch vor Allem mit Sicherheit der Umstand, daß Paulus in den folgenden Sätzen der l. 38 wie oben (§ 9) besprochen ist, ganz anders entscheidet, wenn unmittelbar an das herrschende Grundstück ein anderes stößt, welches zunächst mit der Servitut belastet wird, und dann erst ein großer Fluß fließt, welcher die übrigen Grundstücke trennt. Hier sollen diese letztern doch jenem jenseitigen Acker dienstbar und derselben Wegeservitut unterworfen sein, welche schon das eine zunächst liegenden Grundstück ergriffen hat. Mit Anwendung des durch die Jurisprudenz aufgestellten Satzes von der Einheit der über mehrere Grundstücke gehenden Wegegerechtigkeiten wurde also jenes Princip von der Unmöglichkeit einer Wegeservitut jenseits eines großen Flusses beseitigt, und das zeigt, wie wenig innere Lebenskraft das letztere hatte, und wie wenig es nach der Ansicht der römischen Jurisprudenz mit Nothwendigkeit aus den Grundlehren des Servitutenrechts entsprungen ist.

Um aber einen historischen Grund für diese Bestimmung aufzufinden, möchte zu berücksichtigen sein, daß es sich hier um eine der vier ältesten Servituten, um eine Wegerechtigkeit, handelt, deren erste Entstehung schon in sehr frühe Zeit fällt, und für die sich daher einzelne Regeln auch schon sehr frühe bildeten und dann mit der bekannten Stetigkeit bis in die spätere Zeit auch bei veränderten Verhältnissen erhielten. So kann der vorliegende Satz in jener fernen Vergangenheit wurzeln, wo die Schiffahrt noch in ihren ersten Anfängen begriffen und daher die Ueberfahrt über einen großen Fluß als ein schwieriges und seltenes Wagestück galt, wie man es lediglich zum Zwecke der Bewirthschaftung eines Grundstücks und in regelmäßiger Wiedererholung nicht unternahm. Ferner kann der Umstand von Einfluß gewesen sein, daß die großen Flüsse in älterer Zeit sehr

häufig die Grenzen des Territoriums eines Volkes oder einer Kolonie ausmachten [r]), und daher eine Wegeservitut am jenseitigen Ufer im fremden Lande bestanden haben würde, wogegen nicht nur Gründe des öffentlichen Wohls, welche nur auf öffentlichen Wegen und Brücken Verkehr der einzelnen mit dem auswärtigen Staate gestatteten, sondern auch die in der ältesten Rechtsauffassung bemerkbare Beschränkung der Rechtsfähigkeit in activer, wie passiver Beziehung auf die Angehörigen des eigenen Volkes und den von ihnen unterworfenen Boden wirken mochten.

In derartigen Gründen kann möglicher Weise die Entstehung jenes von Paulus ausgesprochenen Satzes zu suchen sein, und auf keinen Fall wird er, da ein innerer im Wesen der Servituten liegender Grund nicht aufzufinden ist, einer Ausdehnung fähig sein.

§. 19.

Die Bedingungen und Zeitbestimmungen bei Realservituten.

Außer den seither besprochenen und im Wesen der Realservituten meistens vollkommen begründeten Beschränkungen, welchen die Errichtung solcher Servituten unterworfen ist, wird uns in l. 4 de serv. 8, 1 von Papinian noch von einer Eigenthümlichkeit der Realservituten berichtet, deren innerer Grund nicht sogleich entgegentritt, und die gar mannigfache Deutungen erfahren hat. Diese Quelle lautet:

> Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quamdiu volam) constitui possunt; sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinianum respondisse Cassius retulit, et sibi placere.

Es soll darnach also dem strengen Civilrecht zufolge eine Realservitut nicht so bestellt werden können, daß sie erst von einem bestimmten

---

r) *Hyginus* de condic. agrorum (S. 114 der Bachmanschen Ausg. der röm. Feldmesser) führt die Flüsse noch als bes. häufige Territorialgrenzen auf.

künftigen Zeitpunkt oder dem Eintritt einer Bedingung an bestehen soll, und ebenso wenig in ihrer Existenz durch den Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder einer Bedingung aufgehoben werden können[a]). Nur daß die Realservituten demnach nicht für eine bestimmte Zeit bestellt werden können, sondern dem Civil-Rechte nach immer ewige Zeit dauern, ist eine Erscheinung, welche beim Eigenthum und bei den Obligationen[b]) Analogieen findet, dagegen gehören jene übrigen eigenthümlichen Bestimmungen den Realservituten ausschließlich an. Diese sind um so auffallender, als es mancherlei Verhältnisse giebt, wo Servituten gültig bestellt werden, während sie doch erst nach Eintritt eines Termins oder einer Bedingung geübt werden können, und also dem Effecte nach als unter einer Zeitbestimmung oder einer Bedingung constituirt erscheinen. So sagt Paulus in l. 7 § 1 communia praed. 8, 4, daß einem einzelnen Grundstück eine Wegegerechtigkeit auferlegt werden könne, welche erst convalesciren solle, wenn sie auch den andern zwischenliegenden Grundstücken auferlegt sei; sicuti, fährt er fort, per plurium praedia servitus imponi etiam diversis temporibus potest. Ferner sagt Pomponius ganz allgemein in l. 23 § 1 de S. P. U[c]):

> Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus potest.

---

a) Daß die Art und Weise der Ausübung auch in so fern von Anfang an geregelt werden kann, als die einzelnen Handlungen, zu denen die Servitut ermächtigt, nur in bestimmten Fristen, ja vielleicht auch nur beim Eintritt bestimmter Ereignisse, also unter Bedingungen, vorgenommen werden können, ist nach dem früher Behandelten natürlich hierdurch nicht ausgeschlossen, und ist die Existenz der Servitut in solchem Falle unbedingt und unbetagt.

b) Es ist ungenau, wenn z. B. Puchta (Pandecten § 299) sagt, eine Obligation könne durch den Eintritt eines für sie gesetzten Endtermins aufgehoben werden, als ob jemand für zehn Tage etwas schulden, und nach Ablauf derselben ipso iure gar nichts schulden könne. Nur die Leistung, welche aus der Obligation hervorgeht, kann nach der Zeit bemessen und daher durch Eintritt eines Endtermins beendet werden, wie z. B. bei einer auf Zeit abgeschlossenen Miethe; die Obligation kann dann gleichzeitig auch durch die vollständige Leistung getilgt sein, aber eben nur, wenn die Leistung vollständig geschehen ist, nicht allein in Folge des Endtermins.

c) Ebenso Paulus in l. 10 de S. P. R.

so daß also z. B. eine servitus oneris ferendi, die einem noch nicht gebauten Hause auferlegt ist, genau genommen der Baustelle auferlegt ist unter der Bedingung, daß das Haus gebaut werde, oder von dem Zeitpunkt an, wo es fertig ist.

Ebenso verhält es sich mit der in l. 10 de S. P. R. 8, 3 und in l. 21 si serv. vind. 8, 5 erwähnten und von uns schon im § 17 besprochenen Servitut, wonach der Berechtigte auf dem Grundstück nach Wasser suchen, und wenn er solches gefunden, auf sein Grundstück leiten dürfe; eine Berechtigung, die sich auflößt in die, Wasser zu leiten, wenn man solches gefunden habe. Denn das Suchen des Wassers selbst, als ein einmaliger Act, der, wenn er Erfolg gehabt hat, nicht fortgesetzt wird, kann doch streng genommen nicht als selbständiges Element der Servitut aufgefaßt werden, sondern den Inhalt derselben bildet nur die Befugniß zur Wasserleitung.

Man kann aber diese Erscheinungen auch nicht damit erklären, daß man sagt, in diesen Fällen wäre noch keine Servitut auferlegt, sondern nur ein Vertrag de servitute constituenda abgeschlossen, der unzweifelhaft unter einer Bedingung eingegangen werden kann[d]). Vielmehr wird hier ganz bestimmt von wirklich definitiv errichteten Servituten gesprochen, da es in l. 10 heißt: „talem servitutem constitui posse", ferner am Schluß: „Et si ut quaerere liceat, *cedere* possumus, etiam ut inventa ducatur, *cedi* potest", so daß also derartige Servituten durch in iure cessio errichtet werden konnten.

Endlich möge noch ein letztes Beispiel für die Zulässigkeit solcher nicht von den Constituenten ausdrücklich zugefügten, sondern durch die Natur der Sache gegebenen Bedingungen der in l. 11 §1 quemadm. serv. amitt. 8, 6 erwähnte Fall sein, wo der Erbe an einer unter einer Bedingung legirten Sache, während die Bedingung schwebt

---

d) Marcellus in l. 98 de V. O. 45, 1. Von demselben Marcellus ist auch die l. 3 de serv. legata 33, 3, worin ohne Weiteres die Gültigkeit eines bedingten Legats einer Wegeservitut angenommen wird. So lange die Bedingung schwebte, ist noch keine Delation und keine Erwerbung geschehen, diese erfolgt erst, wenn die Bedingung schon eingetreten ist, und also ist dann die Servitut unbedingt. Daß darum auch Resolutivbedingung und ein dies ad quem der durch Legat entstandenen Servitut ohne Weiteres hat zugefügt werden können, folgt noch durchaus nicht aus jener l. 3, wie man ohne Unterscheidung für alle Fälle hat annehmen wollen.

und also die Sache ihm gehört, eine Servitut bestellt hat, die mit Eintritt der Bedingung ungültig werden muß.

Diese Erscheinungen legen die Vermuthung nahe, daß die erwähnte Vorschrift, welche die Servituten unabhängig von solchen durch die Constituenten zugefügten Zeitbestimmungen und Bedingungen hinstellt, nicht aus dem Wesen der Realservitut mit Nothwendigkeit hervorgeht, sondern dieselbe mehr ein Product der Doctrin ist, und darum vom Leben mit seinen mannigfachen Bedürfnissen und Bildungen nur da recipirt wurde, wo schon die äußere Erscheinung die zugefügte Bedingung oder Zeitbestimmung verrieth, nicht aber da, wo letztere nur durch die Verhältnisse gegeben waren. Man will gewöhnlich die ganze Regel durch die früher allein möglichen Errichtungsformen erklären[e]) und darum auch bedingte und betagte Servituten durch Legat unbedenklich errichten lassen. Allein einmal konnte der Ususfruct, wie Paulus in Vat. fr. § 48 sagt, trotzdem daß er durch in iure cessio enstand, für eine bestimmte Zeit (ad tempus) bestellt werden, und ferner konnte er noch § 50 daselbst, wenn er durch Retention bei der Mancipation der zu belastenden Sache entstand, von Zeitbestimmungen und Bedingungen jeder Art abhängig gemacht werden, und also nur bei der Entstehung durch in iure cessio hinderte diese Form die Beifügung einer Bedingung oder eines Anfangstermins[f]). Da nun aber die ältesten Realservituten namentlich durch Mancipation entstanden sind, so kann diese Form nicht das unübersteigliche Hinderniß für die Zufügungen von Bedingungen und Zeitbestimmungen gewesen sein.

Das römische Recht kennt noch manche andere Rechtsverhältnisse, die nicht von Bedingungen oder Zeitbestimmungen abhängig gemacht sein dürfen, trotzdem daß ihre Wirksamkeit mitunter von dem Eintritt anderer Verhältnisse abhängen kann. Papinian, von dem auch unsere l 4 de serv. stammt, nennt als solche *actus legitimi* die Emancipation, die Acceptilation, den Erbschaftsantritt, die Auswahl eines Sklaven, falls einem Legatar solche aus einer größern Anzahl gestattet war, und die Ertheilung eines Vormunds. Ein charakte-

---

e) Eine Geschichte aller Erklärungsversuche findet sich in Schraders civil. Abhandl. S. 326 ff.

f) Vat. fragm. § 49.

ristisches Merkmal ist allen diesen Verhältnissen gemein; sie wollen alle künstlich ein Resultat erzeugen, welches regelmäßig ohne willkührliche Acte rein aus der Natur der Umstände hervorgeht, und darum nicht mehr von Bedingungen abhängen, oder durch willkürliche und nicht aus der Sache selbst hervorgegangenen Zeitbestimmungen beengt sein kann. Die Emancipation ersetzt die regelmäßige Beendigung der väterlichen Gewalt durch den Tod des Vaters, und dieser ist immer unbedingt und unbetagt; die Acceptilation ersetzt die Zahlung, von der Gleiches gilt, da man nicht bedingt und betagt zahlen kann, sondern ganz zahlt oder gar nicht; der Erbschaftsantritt ersetzt die ipso iure geschehene Delation an den suus, da diese die älteste und ursprünglichste Beerbungsform ist, die optio servi ersetzt die durch den Testator selbst geschehene Vertheilung, die dalio tutoris die tutela legitima, welche als das Vorbild der testamentarischen Vormundschaftsbestellungen auch ipso iure eintrat.

Diese Beobachtung wird uns nun einen Schlüssel bieten können, um die Entstehung jener Vorschrift, daß dem strengen Rechte nach einer Realservitut keine Zeitbestimmungen oder Bedingungen beigefügt werden dürfen, erkären zu können. Auch von ihnen konnte man nach römischer Auffassung sagen „naturam imitantur“; sie waren bestimmt die Surrogate für die einem Grundstück fehlenden, natürlichen Eigenschaften zu bilden[g]). Nun verändern sich freilich manche derselben, ein Wald kann die Eigenschaften eines Waldes verlieren; allein das ist nicht von dem bloßen Zeitablauf abhängig, sondern ist eine Folge anderer außerordentlicher Umstände, und dann hatten die Römer meistens auch nur jene allgemeinern dauernden Eigenschaften im Sinne, wie bonitas, salubritas, amplitudo[h]), denen sie die Servituten ähnlich zu machen strebten.

Daß nun, wie bei jenen sogenannten actus legitimi die Zufügung einer Bedingung oder eines Anfangs- oder Schlußtermins das ganze Rechtsverhältniß ungültig gemacht habe, und eine solche Realservitut als nicht constituirt gegolten habe, davon sind uns in unsern

g) Auch Cujac (ad Papiniani Quaestiones l. 7 ad l. 4 de serv.) beruft sich darauf, daß die Servituten Eigenschaften der Grundstücke sind.

h) L. 86 de V. S. 50, 16.

Quellen keine Spuren erhalten, vielmehr galt die Servitut nach der erwähnten l. 4 de serv., die allein direct hiervon handelt, dem Civilrecht als unbetagt und unbedingt. Da aber dem Willen der Constituenten ein so weiter Spielraum in der ganzen Servitutenlehre eingeräumt ist, und in allem Andern lediglich in Gemäßheit desselben die Servitut auszuüben war, so mußte es unbillig erscheinen, daß gegen den erklärten Willen der Constituenten die Servitutbefugniß ausgeübt werden sollte, und da das Rechtsbewußtsein darin eine ungerechtfertigte Anmaßung erblickte, gab der Prätor gegen alle Klagen, welche eine solche Servitut vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins und nach Eintritt der Resolutivbedingung oder des Endtermins geltend machen wollten, eine exceptio doli. Häufig wird in dem Act der Servitutenrichtung auch zugleich ein Vertrag gefunden werden können, worin die Constituenten auf Geltendmachung vor Eintritt der Bedingung u. s. w. verzichteten, und deßhalb wird auch die speciellere exceptio pacti mitunter zulässig sein. Keineswegs sind aber die Worte des Marcellus in der oben angeführten l. 4 dahin zu verstehen, daß immer nur die exceptio pacti zulässig wäre, und darum auch nur dann, wenn ein Vertrag in der Servituterrichtung enthalten wäre, und nur soweit, als solcher wirksam sein könne, also nur unter den Constituenten selbst und ihren Universalsuccessoren [1]), vielmehr muß die daneben erwähnte generelle exceptio doli dem Geiste gemäß, welcher in der ganzen Servitutenlehre herrscht, in allen andern Fällen Hülfe schaffen, und selbst von solchen, die gar nicht Eigenthümer der dienenden Sache sind, wenn gegen sie die Servitutenklage wegen Störung der nur nach Civil-Recht noch bestehenden Servitut erhoben wird, benutzt werden können.

Es entsteht nun aber die Frage: ist im spätern römischen Rechte noch zwischen den Personalservituten, wo zugefügte Bedingungen ipso iure wirken, und den Realservituten in dieser Hinsicht ein anderer erkennbarer praktischer Unterschied vorhanden, als etwa der processualische wegen rechtzeitiger Einbringung der Einreden? Folgt man der richtigen Meinung, daß die Negatorienklage allein das Eigenthum zu ihrer Voraussetzung, und der Kläger sich nur auf solches zu be-

1) Zachariä in Hugos civil. Magaz. Bd. II, S. 350 (Ausg. 3).

rufen hat, so gelangt man dahin, daß sie auch da, wo der Servitutberechtigte trotz der zugefügten Bedingungen oder Zeitbestimmungen die Servitut ausübt, angestellt werden kann, als ob die Servitut gar nicht existirte, und beruft sich der Verklagte dann auf diese, welche iure civili noch besteht, so wird ihm die exceptio doli opponirt, und ihm die weitere Ausübung abgesprochen, als ob sie wirklich untergegangen sei. Nimmt man aber an, daß bei Anstellung der Negatorienklage bewiesen werden muß, daß keine Servitut existirt, so wird ein durchgreifender praktischer Unterschied zwischen Real- und Personalservituten angenommen werden müssen, da bei ersteren nur ein Exceptions- nicht ein Klagrecht aus den zugefügten Bedingungen und Zeitbestimmungen entnommen werden und darum auch keine Negatorienklage auf dieselbe gebaut werden kann. Diese ist aber in den Fällen, wo Interdicte zum Schutz in der Ausübung gegeben sind, da bei diesen nur nachzuweisen ist, daß man im Quasibesitz sich befinde, dagegen die Frage nach dem Rechtsgrunde solcher Ausübung überall nicht ventilirt wird, das einzige Mittel, wodurch sich der Eigenthümer der dienenden Sache gegen die Anmaßung einer solchen, der lex servitutis widerstreitenden, Ausübung der Servitut zu schützen vermag. Heutigen Tags würde ihm freilich die Klagbarkeit der Verträge in etwas helfen.

Mit der seither behandelten Frage ist eine andere nahe verwandt, die hier daher beiläufig erledigt werden mag, nämlich die, ob es möglich ist, eine Realservitut so zu construiren, daß ihre Ausübung nur gegen eine fortlaufende Renumeration an den Eigenthümern der dienenden Sache Seitens des Servitutberechtigten geschehen kann. Luden[k]) folgert freilich aus der l. 44, locati 19, 2:

Locare servitutem nemo potest.

daß Unentgeldlichkeit der Ausübung immer ein wesentliches Erforderniß jeder Servitut sei, allein selbst wenn diese Stelle nicht bloß von der Vermiethung einer bereits constituirten Servitut Seitens des Berechtigten handelte[l]), so ist durch diese die Frage doch nicht nach allen Seiten erledigt.

---

k) Die Lehre von den Servituten S. 25. Gotha 1837.

l) Für den entgegengesetzten Sinn aber auch gegen Luden, der seine Regel für alle Servituten aufstellt, könnte sprechen l. 10 C. de usufr. 33, 3:

Es versteht sich, daß die Ausübung der Servitut, als eines selbständigen dinglichen Rechts, allein niemals eine Verpflichtung des Berechtigten herbeiführen kann. Er leitet ja seine Berechtigung nur von dem Innehaben der herrschenden Sache ab, und würde ihn dieses Innehaben allein zur Vornahme positiver Handlungen zu Gunsten anderer nöthigen können, so wäre das, wie wir oben sahen, eine servitus in faciendo und daher unzulässig. Nur zu öffentlichen Lasten konnte das Innehaben einer Sache allein schon verpflichten, sie waren die einzigen Reallasten, die das römische Recht kannte, und so sind uns auch Spuren erhalten, daß, wo jemand zu einer res publica in einem realservitutähnlichen Verhältniß stand, er dafür mitunter eine Abgabe entrichten mußte, die möglicher Weise freilich auch zur bloßen Erhaltung der nöthigen gemeinsamen Vorrichtung gedient haben kann[m]). Auch ein Vertrag oder eine testamentarische Auflage, wonach der Berechtigte eine Remuneration zahlen soll, und wo daher neben der dinglichen Berechtigung eine persönliche Verpflichtung herläuft, wird, da Singularsuccessoren daran nicht gebunden sind, dauernd ein derartiges Verhältniß nicht herstellen, und wenn auch der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine selbständige Klage auf Leistung haben kann, denselben doch nie in den Stand setzen können, die Ausübung der Servitut bis zur geschehenen Leistung zu verhindern, indem Servitut und Verpflichtung ganz unabhängig von einander stehen.

Dagegen aber kann der Realservitut in der Weise eine Resolutivbedingung beigefügt werden, daß, wenn der Berechtigte einmal an dem und dem wiederkehrenden Termine die und die Leistung nicht

---

Si domina proprietatis uxori tuae usumfructum locavit sub certa annua praestatione u. s. w.

m) Papinian in l. 41 de action. emti vend. 19. 1. In venditione super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutam nihil commemoratum est; deceptus ob eam rem ex emto actionem habebit; itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio inprovisi oneris habetur.

Ulpian in l. 27 § 3 de usufr. 7, 1. Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit.

mache, die Servitut erlöschen solle, so daß also eine fortlaufende Remuneration für die Ausübung der Servitut indirect herbeigeführt wird. Nur daß eben auch diese Resolutivbedingung bloß ope exceptionis wirkt, und nicht selbständig auf die Leistung geklagt werden kann.

Ein ähnliches Verhältniß kann auch dadurch entstehen, daß der Berechtigte für die Ausübung einer Realservitut dem Eigenthümer der dienenden Sache eine andere Servitut an der herrschenden Sache bestellt, wo beiden dann die Resolutivbedingung zugefügt sein kann, daß sie erlöschen sollen, wenn die andere erlischt. Wenn nun hier auch die Ausübung der einen die Remuneration für die Ausübung der andern zu sein scheint, so ist doch strenge genommen die eine, um mich so auszudrücken, nicht der Mieth- sondern der Kaufpreis der andern, ihre Constituirung ist für die Constituirung der andern ertauscht worden, und nachdem sie nun mal constituirt sind, werden sie völlig unabhängig neben einander geübt. Keiner kann dem andern die Ausübung verweigern, weil ihm selbst noch nicht solche gestattet sei, und erst wenn die eine erloschen ist, zeigt sich der Zusammenhang darin, daß die andere nun auch ope exceptionis erlöscht.

II. Die Personalservituten.

§. 20.

Arten derselben.

Während das für die Realservituten gewonnene Princip, vermöge dessen die Zahl der Realservituten unbeschränkt ist, eine durchgängige Anerkennung genießt, ist dagegen die Frage, ob die vier in den Quellen vorzugsweise behandelten Personalservituten, der Ususfruct, der Usus, die *habitatio*, und die *operae servorum* die einzig möglichen Bildungen dieser Art sind, oder ob hier das gleiche Princip der Freiheit, wie bei den Realservituten gilt, viel schwieriger zu lösen, und in den verschiedenen Perioden der Rechtswissenschaft gar ver-

schieden aufgefaßt worden[a]). Es ist hier um so schwerer, zu einem unumstößlichen Resultat zu gelangen, als, wie es scheint, die römische Rechtswissenschaft zu einer völligen Durchbildung dieser Frage nicht gelangt ist, und auf jeden Fall unsere Quellen manche Lücke bieten.

So ausgeführt auch im römischen Recht die Regeln über den Inhalt des Usufructs sind, so sehr solche auch auf alle möglichen Fälle angewendet und angepaßt sind, so sind sie doch außer für die wenigen spät entstandenen Fälle des gesetzlichen Usufructs lediglich Interpretationsregeln, die nur eintreten, wenn Seitens der Constituenten nichts anders bestimmt ist[b]). Ihrem Willen wurde hier schon frühe nicht nur hinsichtlich der Bestimmungen über Dauer, zuzufügender Bedingungen u. s. w., sondern auch hinsichtlich der über den Umfang des Usufructs ein weiter Spielraum eröffnet, und so wurde der Begriff des Usufructs, so bestimmt er auch für jeden Fall fixirt war, wo der Parteiwillen nichts Abweichendes verfügt hatte, doch im höchsten Grade dehnbar und mannigfaltig. Einzelne regelmäßig in demselben enthaltene Befugnisse konnten in einem besondern Falle dem Usufructuar entzogen worden sein, und wurde das für einzelne zugelassen, so mußte es auch erlaubt sein, ihm mehrere ja alle außer einer zu entziehen, und so führt die Consequenz dahin, daß schließlich die Berechtigung zur Vornahme einer einzelnen bestimmten Handlung, ja selbst eine negative Befugniß der einzige Inhalt des Usufructs sein kann. Ein Gleiches galt für den Usus, der ebenfalls seiner Natur nach auf unendlich viele Verhältnisse anwendbar und unendlich vieler Modificationen fähig ist, während die operae servorum und die spät zur Selbständigkeit gebildete habitatio nicht nur durch den engen Umfang ihrer Anwendbarkeit, sondern auch durch die sie auszeichnenden eigenthümlichen Bedingungen und Folgen von vorneherein einer Ausdehnung kaum fähig waren. Während demnach schon das Bedürfniß für Bildung anderer Personalservituten, als dieser vier, viel geringer war, wie das

a) Eine übersichtliche Dogmengeschichte dieser Frage ist von Zachariä von Lingenthal in seinem Aufsatz: Die irregulären Personalservituten. Archiv für civ. Prax. Bd. 27, S. 1—56. 1846.

b) Das wird z. B. ausdrücklich erwähnt in l. 15 § 6 de usufr. 7, 1.

hinsichtlich der Realservituten der Fall war, so kam noch hinzu, daß das römische Recht niemals die Personalservituten so begünstigte, wie diese, und sie vielmehr immer als etwas mehr oder weniger Willkührliches und Ueberflüssiges ansah, weßhalb denn auch ein Streben in unsern Quellen zu erblicken ist, alle Personalservituten unter jene Begriffe des Ususfruct und Usus zu subsumiren.

Während also ursprünglich und regelmäßig der Ususfruct die Befugniß auf den vollen, ausschließlichen Gebrauch und den Bezug aller Früchte einer Sache gewährt, wird dagegen in l. 6 de S. P. R. 8, 3 die Berechtigung Töpferthon auf einem Grundstück zu graben, für den Fall, daß solche im Interesse eines andern Grundstücks geübt wird, als Realservitut, für den Fall, wo sie unabhängig davon, und etwa um die gefertigten Töpfe zu verkaufen, benutzt werden kann, als Ususfruct aufgefaßt, obgleich doch der dienende Acker gewiß noch andere Vortheile zu gewähren vermochte. Ebenso ist im Usus regelmäßig die ganze Benutzung und daneben auch noch häufig Bezug der Früchte zur unmittelbaren Benutzung enthalten; dagegen wird in l. 37 de S. P. R. eine persönliche Wassergerechtigkeit als usus aquae bezeichnet und in l. 6 de servit. legata 33, 3 eine legirte persönliche Durchgangsgerechtigkeit als usus transeundi dem legatum servitutis plenum entgegengesetzt. In gleicher Weise hält Pomponius in l. 32 de usufr. 7, 1 es noch für nöthig, sich zur Begründung der Regel, daß man beim Verkauf eines Gutes sich für seine Person eine Weidegerechtigkeit an demselben retiniren könne, darauf zu berufen, daß bei manchen Grundstücken der Fruchtertrag nur in der Beweidung bestehe[c]), und also auch in solchem Falle durch den Ususfruct nur ein Weiderecht ertheilt werde.

Auf der andern Seite ist nun aber wieder nicht zu verkennen, daß die römischen Juristen, wenn sie allgemein vom Ususfruct reden, meistens nur an den Inbegriff sämmtlicher Nutzungs- und Gebrauchsrechte, nicht an solche Berechtigungen zur Vornahme bestimmter einzelner Befugnisse denken, so wenn Gaius in l. 19 pr. de usuris 22, 1 sagt, daß da, wo der Ususfruct in fremden Händen sei, bei der Vindication des nakten Eigenthums keine Früchte vom Verklagten

---

c) „Quum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur".

gefordert werden könnten. Aber auch bei Ausbildung der Grundlehren vom Usufruct hatten sie häufig nur jenen weitern Sinn im Auge, wie namentlich da, wo dem Usufructuar der naturale Besitz an der dienenden Sache zugesprochen wird[d]), indem solcher doch nicht angenommen werden kann, wo der Usufructuar nur das Recht hat, von Zeit zu Zeit auf das dienende Grundstück zu gehen und dort Thon zu holen. Ebenso bezieht sich die Lehre von der Theilbarkeit des Usufructs ausschließlich auf die Fälle, wo der ganze Fruchtgenuß, worin er auch immer bestehen möge, den Inhalt der Berechtigung bildet, nicht aber, wie wir später weiter ausführen werden, auf die, wo nur eine einzelne Eigenthums-Befugniß Gegenstand der als Usufruct bezeichneten Servitut ist.

Darum finden wir denn auch die letztern in andern Stellen als eigene Personalservituten bezeichnet, ohne daß versucht wird, sie unter die Kategorieen des ususfructus oder usus unterzubringen. So setzt Papinian in l. 4 de S. P. R. 8, 3 einzelne Servituten sich als Prädial- und Personalservituten gegenüber:

> Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, *praedii* magis, quam *personae videtur*. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non *eadem* praestabitur *servitus*.

Aehnlich in l. 14 de aliment. legat. 34, 1, l. 20 § 3 de S. P. R. 8, 3. Allein diese Arten der Personalservituten sind im römischen Rechte durchaus nicht ausgebildet, es sind nur zufällige Schöpfungen des Willens der Constituenten, und zu dessen Interpretation giebt es keine andere Regeln, als die Analogieen, welche man von der entsprechenden Realservitut, dem Usus oder Usufruct hernehmen kann. Man könnte sich nun aber zur Begründung der Behauptung, daß das römische Recht die Bildung neuer Personalservituten nicht so ganz in den Willen der Constituenten gesetzt habe, sondern daß selbst dem Usufruct bestimmte Attribute immer bleiben müßten und daher nicht jede einzelne Befugniß an einer Sache unter dem Begriff des Usufruct gebracht werden könne, darauf berufen, daß ein usus

---

d) z. B. in l. 12 pr. de acq vel am. poss. 41, 2. Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.

sine fructu ausdrücklich als unmöglich hingestellt werde. Namentlich sagt **Ulpian** in l. 14 § 1 et 2. de usu 7, 8:

> Ususfructus an fructus legatur, nihil interest; nam fructui et usus inest, usui fructus deest. Et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi *fructus deducto usu* legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius libro quinto ad Sabinum scribit: et si forte usufructu legato fructus adimatur, totum videri ademtum scribit. Sed si fructus sine usu, videri constitutum e), qui et ab initio constitui potest. Sed si fructu legato usus adimatur Aristo scribit, nullam esse ademtionem, quae sententia benignior est. — Usu legato, si eidem fructus legetur, Pomponius ait, confundi eum cum usu. Idem ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum.

Hiernach soll ein solches Legat ungültig sein, wodurch jemanden der Fruchtertrag einer Sache vermacht, ihm aber ausdrücklich der Gebrauch untersagt ist, und zwar nicht etwa so weit, als ein dritter die Sache gebrauchen wird, sondern ganz und gar; er soll nach der Absicht des Testators keine Gebrauchshandlung vornehmen, wie solche doch erforderlich ist, um Früchte zu ziehen. Der Grund, warum **Ulpian** ein solches Legat für unzulässig erklärt, ist nicht etwa, weil eine derartige Bildung nicht zu den im Rechte anerkannten Servituten gehöre, sondern muß insofern im tiefsten Wesen der Servituten gesucht werden, als ein Recht auf Fruchtbezug, wo jede Gebrauchshandlung an der Sache untersagt ist, nur dadurch ausgeübt werden könnte, daß der Eigenthümer der dienenden Sache selbst die Früchte ziehen und ernten, und dann dem Berechtigten herausgeben müßte, ein Verhältniß, welches früheren Ausführungen zufolge durch eine Servitut nicht hergestellt werden kann. Darum also ist das Legat eines fructus deducto usu ungültig und also konnte, wenn ein fructus d. h. ein Usufruct zuerst legirt war, nicht nachher der usus

---

e) Dieser Satz wird so zu ergänzen sein: **Sed si fructus sine usu adimatur, videri constitutum usum** und heißt demnach: Wenn aber der Fructus, allein als solcher, ohne den Usus, d. h. soweit er mehr Befugnisse ertheilt, als dieser wieder genommen ist, so erscheint der Usus als gültig constituirt.

entzogen werden. Diese Entziehung bezweckte Herstellung eines rechtlich unmöglichen Verhältnisses und war daher ebenso ungültig, wie jenes Legat, welches sofort ein solches erzielen wollte.

Aber nur wo der usus dem Fructuar ausdrücklich entzogen, also ihm jede Gebrauchshandlung untersagt ist, gilt diese Regel; keineswegs auch da, wo einem Andern früher oder gleichzeitig die servitus usus constituirt und also dem Fructuar auch indirect die in der Servitut enthaltene Befugniß entzogen ist. Denn wenn ein Usus bestellt ist, und dieser, wie es in der Regel der Fall sein wird, nicht das Recht auf sämmtliche Früchte einschließt, so kann der Eigenthümer der dienenden Sache, nach wie vor, alle dem Usuar nicht zustehenden Früchte ziehen und alle dazu nöthigen Gebrauchshandlungen vornehmen, und darum kann, wenn er das Recht auf den Fruchtbezug weiter als Ususfruct verleiht, auch der Usufructuar solche Handlungen vornehmen. Demnach lassen sich gegen ein derartiges Verhältniß auch nicht die oben gegen einen fructus deducto usu angegebenen Gründe geltend machen und wird dies denn auch ausdrücklich in unserm l. 14 § 2 am E. und ferner in § 3 daselbst und ebenso in l. 42 de usufr. 7, 1 bestätigt[f].

Das Resultat unserer Betrachtungen ist also, daß das römische Recht materiell nicht bei den vier normalen Personalservituten in ihrer regelmäßigen Form stehen blieb, sondern daß auch einzelne beschränkte Befugnisse durch Personalservituten ertheilt wurden, daß dagegen aber ein gewisses Schwanken hinsichtlich der Frage im Rechte zu bemerken ist, ob diese nur Abarten des Usufructs und des Usus, oder ob es eigene Arten von Personalservituten seien.

§. 21.

Beschränkungen der Personalservituten.

Wie alle Privatrechte, so erleiden auch die Personalservituten eine Beschränkung in dem Grundsatze, daß nur die Rechte geschützt werden, an welchen der Berechtigte ein juristisches Interesse hat[a]),

---

f) Auf einzelne sich hieran knüpfende Fragen werden wir später zurückkommen.

a) L. 15 de serv. 8, 1.

und zwar müssen sie, da er der einzigste Innehaber ist, ihm persönlich Vortheil gewähren können, und wäre es auch nur dadurch, daß er sie möglicherweise gegen Remuneration veräußern könnte. Es ist demgemäß auch nicht nöthig, daß die Servitut sofort einen Nutzen zu gewähren vermag, sondern muß solcher nur für die Zukunft zu erwarten stehen, wie z. B. wenn der Usufruct eines Füllen vermacht ist[b]). Wenn die Personalservituten nun aber einen Vermögenswerth haben, so ist es nicht immer nöthig, daß sie auch wirklich stets dem Vermögen einen pecuniären Zuwachs gewähren, und ihr Ertrag das Vermögen des Berechtigten dauernd vergrößert, sondern dieser kann nur zum augenblicklichen Vergnügen gereichen[c]), oder gradezu verloren gehen. Denn in der Herrschaft über eine Sache liegt auch die Befugniß, sie nicht zu benutzen. Man hat nun freilich den Ausspruch des **Paulus** in l. 8 de serv.:

> Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.

auch auf die Personalservituten beziehen und eigenthümliche Beschränkungen für diese daraus ableiten wollen, wie das schon die Glosse zu dieser Stelle thut. Allein man hat auch mit Recht dagegen angeführt, wie die allgemeine Fassung der Stelle nichts beweisen könne, da servitus gewöhnlich und zumal im achten Buch der Pandekten nur Realservitut heiße, dagegen aber die in l. 8 genannten Befugnisse gerade solche sind, wie sie sehr häufig da in dem Usufruct oder Usus enthalten sein werden, wo er in der Totalität verliehen ist, und ferner auch in l. 14 § 3 de aliment. legat. 34, 1 eine servitus gestandi, also das Recht, sich auf einem Orte in einer Sänfte herum tragen zu lassen, als Personalservitut erwähnt wird, die doch der servitus spatiandi ganz analog behandelt werden müßte.

Eine andere Beschränkung der Personalservituten führt E.

---

b) Paul. Rec Sent. III, 6 § 18; l. 55 de usufr. 7, 1.

c) Marcianus in l. 41 de usufr. 7, 1. Statuae et imagines usumfructum posse relinqui magis est, quia et ipsae habent aliquam utilitatem, si quo loco opportuno ponantur. § 1 Licet praedia quaedam talia sint, ut magis in ea impendamus, quam de illis acquiramus, tamen ususfructus eorum relinqui potest. Vergl. L. 28 de usufr. 7, 1.

Hoffmann[d]) an, die wir ebenfalls abweisen müssen. Er sagt, die Servitut dürfe nicht aus Rücksicht für den Eigenthümer in einem Umfange bestehen, welche die Vernichtung der Substanz der Sache zur Folge haben würde, und nach dieser Meinung müßte also in jedem Falle untersucht werden, ob durch die Ausübung der Servitut die Sache nicht verringert werde, so daß z. B. die Befugniß, für die ganze Dauer seines Lebens aus einem quellenlosen See größere Wassermengen abzuleiten, nicht Inhalt einer Personalservitut, sondern nur einer persönlichen Forderung sein könnte, da dadurch mit der Zeit eine Erschöpfung des Sees zu erwarten steht. Wenn nun auch nicht zu verkennen ist, daß die Römer regelmäßig nur solche Personalservituten im Sinne hatten, durch welche die dienende Sache niemals aufgehoben werden konnte, und sie daher auch die Servitut, welcher man den weitesten Umfang zuzuerkennen pflegte, so definirten:

> Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi *salva rerum substantia*[e]).

so ist doch auch wieder ein innerer Grund nicht denkbar, welcher hier, wie bei den Realservituten, fordern sollte, daß eine immerwährende Dauer der Personalservitut möglich sei, oder welcher die Constituenten hindern sollte, nach Belieben über die Sache zu verfügen, selbst wenn durch solche Verfügung die Substanz der Sache gefährdet wäre und daher die fortgesetzte Ausübung zum völligen Verlust der Sache für den Eigenthümer führen müßte. Und daß die Römer denn auch wirklich diese Beschränkung der Personalservituten nicht anerkannt haben, geht daraus hervor, daß sie dieselben überhaupt an solche Dinge zuließen, die durch den Gebrauch zwar nicht sofort aufgehoben, aber doch verschlechtert werden, wie z. B. an Kleidern, an welchen in l. 15 § 4 de usufr. 7, 1 und in l. 9 § 3 ususfructus quemadm. 7, 9, ein wahrer Ususfruct zugelassen wird, trotzdem, daß doch die Benutzung jedesmal mit einer Verschlechterung verbunden ist, und endlich einen gänzlichen Verbrauch, also mehr noch wie eine Verringerung der Substanz nach sich ziehen muß.

---

d) In seinem Aufsatz über den Umfang der Servituten in Sells Jahrbüchern Bd. 2. 1843.

e) L. 1 de usufr. 7, 1.

Dessen ist sich denn auch Ulpian bei Zulassung eines Usufructs an Kleidern in der citirten l. 9 § 3 völlig bewußt, indem er sagt, den Erben des Usufructuars liege keine Ersatzverbindlichkeit ob, wenn die Kleider ohne Arglist abgenutzt wären und so zurückgegeben würden. Die Institutionen (§ 2 de usufr. II, 4) leugnen freilich, daß ein Usufruct an Kleidern bestellt werden könnte, aber nur, weil sie dieselben den Sachen, die nicht ihrem Zwecke gemäß gebraucht werden können, ohne auch ganz aufgebraucht zu werden (res consumtibiles), zuzählen.

Ebenso wird auch in der schon erwähnten l. 6 de S. P. R. die Berechtigung, Töpferthon zu graben, als Personalservitut behandelt und da hier dem Berechtigten die Befugniß zugesprochen ist, die aus diesem Thon gefertigten Sachen zu verkaufen, so wird die Ausübung der Servitut nicht, wie wir das bei Realservituten sahen, nur eine sehr beschränkte, und darum eine sehr lange Zeit hindurch fortzusetzende sein, sondern sie wird in einer viel mehr umfangreichen Weise betrieben werden. Hier konnte es sich also dem Auge nicht verbergen, daß durch eine solche Servitut die Substanz der Sache angegriffen und vermindert wurde, und gleichwohl wird sie ohne alle Beschränkung und Bedingung zugelassen. Daraus aber, daß an den res quae usu consumuntur kein wahrer Usufruct bestellt werden kann, und zwar, wie die Institutionen sagen, neque naturali ratione neque civili, kann für Hoffmanns Ansicht nichts gefolgert werden, indem jener Satz aus dem Umstand mit Nothwendigkeit hervorgeht, daß jeder sachgemäße Gebrauch die Sache zerstört und demnach die Bestellung eines Usufructs für den Eigenthümer eine gänzliche Veräußerung enthalten wird. Bei solchen Sachen aber, die durch den einzelnen Gebrauchsakt nur verringert und daher erst durch eine Reihe solcher Acte aufgehoben werden, hängt es noch immer von der längern oder kürzern Dauer des Usufructs ab, wie weit die Sache dem Eigenthümer verloren wird, und also unterscheidet sich eine Usufructbestellung für ihn noch wesentlich von der Eigenthumsveräußerung. Demnach werden die Personalservituten einer derartigen Beschränkung nicht unterliegen.

§. 22.

Bedingungen und Zeitbestimmungen bei Personalservituten.

Schon oben erwähnten wir, wie das römische Recht die Personalservituten, für die ja immer von vorneherein ein bestimmter Endigungspunkt dadurch festgesetzt ist, daß sie mit dem individuellen Leben des berechtigten Subjects verbunden sind, viel leichter erlöschen lasse, wie die auf ewige Dauer berechneten Realservituten, und so kann denn namentlich innerhalb der Lebensdauer des Berechtigten noch ein anderer Endtermin festgesetzt werden, und dieser kann entweder von vorne herein bestimmt oder auch von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht sein[a]). Ja die Zufügung eines solchen Endtermins ward so sehr als im Wesen der Personalservitut begriffen angesehen, daß selbst bei einer Bestellung durch in iure cessio, wo bekanntlich das Geschäft ebenso wenig, wie ein wirkliches Judicat, von zugefügten Bedingungen und Terminen abhängig gemacht werden konnte, dennoch ein solcher Endtermin, gleichsam als das Maaß der cedirten Sache völlig zuläßig und demnach auch nach dem ius civile völlig wirksam war[b]). Ein in Form einer Resolutivbedingung beigefügter ungewisser Endtermin konnte aber schon nicht mehr in die starre Form der in iure cessio Eingang finden, wohl aber konnte er in letztwilligen Verfügungen, durch welche die Personalservituten, ja am häufigsten errichtet wurden, wie allen andern Legaten, so auch den vermachten Personalservituten mit voller, auch dem Civilrecht gegenüber wirkender Kraft beigefügt werden, und auf gleiche Weise denn auch Suspensivbedingungen und Anfangstermine. Ebenso waren sie bei der Mancipation zuläßig, wo die Personalservitut durch Retention bei der Veräußerung einer res mancipi entstand[c]),

---

a) So kann z. B. jemand einen Ususfruct an einer Sache seinem Gläubiger bestellen, bis er sich aus dem Ertrage bezahlt gemacht hat. Ein solches Verhältniß liegt vielleicht auch der l. 120 de legat. I. 30 zu Grunde, wo Ulpian sagt: Nihil proponi, cur prohibeatur heres aedificia distrahere, quorum reditus sportulae sunt relictae, salva tamen causa legati.

b) Vat. fragm. § 48.

c) Vat. fragm. § 50.

und im justinianischen Rechte können sie bei Anwendung jeder Errichtungsform zugefügt werden. Ist eine Personalservitut für eine bestimmte Zeit bestellt, so kann sie auch nur in dieser Zeit geübt werden, und wenn der, welcher sie zu leisten hat, sie nicht rechtzeitig bestellt, so muß er den Werth ersetzen. Eine spätere Leistung der Servitut selbst ist nicht mehr möglich, da die Zeit, für welche sie bestellt ist, so wesentlich mit dem Character der Servitut zusammenhängt, daß die Personalservitut einer spätern Zeit eben eine ganz andere ist, die der Verpflichtete nicht zu stellen und der Berechtigte nicht anzunehmen braucht[d]).

Aus dem Obigen ergiebt sich, daß auch statt der einen fortdauernden Personalservitut eine Reihe einzelner successiv auszuübender bestellt werden kann, die alle nur eine bestimmte Zeit dauern und sich gleichsam ablösen. Die wichtigste Wirkung und darum der Vorzug einer solchen Bestellungsart war der, daß wenn der Berechtigte eine Capitis Deminution erlitt, nur die einzelne grade in dem Momente laufende Servitut erlosch, und dagegen am nächsten Anfangstermin eine neue Servitut begann, da die Forderung auf Bestellung einer solchen durch Capitis Deminution nicht unterging. Ferner kann auch eine Personalservitut schon im Voraus für den Fall bestellt werden, daß eine andere zunächst wirksame erlöscht[e]), und auf diese Weise kann in der oben [§ 12] besprochenen Weise auch eine Bestellung für die Erben des jetzigen Innehabers geschehen. Ebenso können auch mehrere in der Berechtigung so abwechseln, daß jeder nur durch eine bestimmte Zeit die Servitut inne hat, solche aber nach Ablauf der für die andern auch nur temporär Berechtigten bestimmten Zeit wieder für ihn in Wirkung tritt[f]). Fällt dann einer aus dem Turnus aus, so gewinnt dadurch lediglich der Eigenthümer, indem nun für die Zeit, wo jenem die Servitut zukam, kein Berechtigter mehr vorhanden ist, und also die Servitut consolidirt[g]). Durch eventuelle Bestellung und gehörige Verklausulirung ließe sich freilich auch das vermeiden.

---

d) L. 37 de usufr. 7, 1; l. 6 de usufr. leg. 33, 2.
e) L. 39 § 5 de evict. 21, 2.
f) L. 2 pr. et § 2 quibus mod. ususfr. 7, 4
g) L. 2 pr. daselbst.

Für einzelne Arten von beigefügten Endterminen giebt Justinian in l. 12 C. de usufr. 3, 33 noch besondere Entscheidungen, die frühere Zweifel beseitigen sollen. Ist Jemanden ein Usufruct für eine bestimmte Zeit legirt, nach der ein anderer denselben erhalten soll, so verliert jener den Usufruct in diesem Termin, möge der, welcher nach ihm berufen ist, noch leben und den Usufruct erwerben können oder nicht. Ist derselbe legirt, so lange ein anderer vom Wahnsinn ergriffen ist, oder ist von einem andern ungewissen Umstande das Ende abhängig gemacht, so erlöscht der Usufruct nicht, wenn der Wahnsinnige im Wahnsinn stirbt, oder wenn das sonstige ungewisse Ereigniß nicht mehr eintreten kann, sondern erst mit dem Tode des Berechtigten. Den Grund dafür sucht Justinian in der Billigkeit, denn da der Usufruct bei Eintritt der Bedingung erloschen wäre ohne Rücksicht auf das Leben des Berechtigten, so sei es billig (humanum), daß wenn die Bedingung deficire, er auf die ganze Lebensdauer des Berechtigten ausgedehnt werde.

Die seither allgemein für die Personalservituten aufgestellten Regeln finden sich durchgängig in den Quellen nur für den Usufruct ausgesprochen, der ja meistens als Repräsentant der ganzen Klasse erscheint. Daß sie aber auch auf die andere umfassende Servitutenbildung, den Usus, anwendbar sind, möchte schon aus der generell gehaltenen l. 3 § 3 de usufr. 7, 1 hervorgehen:

> Quibus autem modis ususfructus et consistit, et finitur, iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui, et finiri [h]),

indem kein aus der Natur des Usus fließender Grund dagegen spricht, und dasselbe wird für die habitatio und die operae servorum gelten, sowie für andere Personalservituten, wenn man solche nicht unter den Begriff jener beiden Normalservituten subsumiren will.

Um nun schließlich die Frage zu erledigen, ob die Personalservituten so constituirt werden können, daß sie nur gegen eine fortlaufende Remuneration geübt werden dürfen, so kann hier solches viel leichter dadurch erreicht werden, daß neben der Berechtigung in Folge eines vielleicht auch bei Constituirung der Servitut eingegangenen Vertrages oder in Folge eines Vermächtnisses an den spätern

---

h) Vgl. l. 1 § 1 de usu 7, 8.

Eigenthümer der Sache, welches der, welcher die Servitut vermachte, in demselben Testamente auferlegte, die Verpflichtung des Berechtigten hergeht, gewisse Leistungen an den Constituenten der Servitut zu machen. Wenn nun auch diese Verpflichtung dadurch, daß sie etwa von der Bedingung abhängig gemacht ist, daß der Verpflichtete nur zahle, so lange er in der Ausübung der Servitut ist, in einer Hinsicht die Form einer Gegenleistung annehmen kann, so wird sie sich doch dadurch wesentlich unterscheiden, daß sie nur den ursprünglichen Constituenten der Servitut, als den Paseiscenten, oder den ursprünglichen Onerirten und deren Erben gegenüber wirksam ist, nicht aber andern Innehabern der dienenden Sache. Cession der Forderung an diese Seitens der ersteren kann in dem einzelnen Falle den Effect hervorbringen, als ob die Leistung für die Ausübung der Servitut geschehe, und sie wird bei Veräußerungen auch meistentheils geschehen, um den Erwerber für die Belastung der Sache zu entschädigen; aber der Grund der Verpflichtung ist doch immer nur der Vertrag oder das Vermächtniß. Ebenso wird der Usufructuar auch trotz der Veräußerung des Usufructs verpflichtet bleiben, wenn nicht etwa der neue Erwerber durch Novation an seine Stelle getreten ist.

Wir finden mehrere derartige Verhältnisse in unsern Quellen erwähnt; so wird in l. 32 § 6 de usu legato 33, 2 der Usufruct an einer Erbschaftsportion, die einem Wahnsinnigen der Proprietät nach zufällt, mit der Auflage ertheilt, daß der Berechtigte diesen Wahnsinnigen unterhalten soll. Aehnliche Verpflichtungen werden dem Usufructuar durch letztwillige Verfügungen auferlegt in l. 7 § 2 de usufr. 7, 1 und in l. 20 § 2 de aliment. leg. 34, 1. Sodann behandelt auch Diocletian in l. 10 C. de usufr. 3, 33 einen hier einschlagenden Fall:

> Si domina proprietatis uxori tuae usumfructum locavit sub certa annua praestatione, morte conductricis ei, quae locavit, etiam utendi fruendi causa non est deneganda.

Es möchte unzweifelhaft sein, daß ususfructus hier auch seine so streng bewahrte technische Bedeutung hat, und hier also ein dingliches Recht für Lebzeiten des Erwerbers constituirt war, für welches, als ob ein Miethverhältniß vorhanden sei, in bestimmten Terminen ein Preis zu bezahlen war. Und damit werden wir auf eine Einrichtung geführt, die für das Verkehrsleben immerhin ihre Bedeutung hat und

einer größern Berücksichtigung werth wäre, indem durch einen solchen mit der Verpflichtung zur Zinszahlung verbundenen Usufruct für den Usufructuar manche Vortheile erreicht werden, die er auf dem Wege der einfachen Miethe nicht erreichen kann. Namentlich kann er sein Recht auch gegenüber einem spätern Erwerber der dienenden Sache, welcher den Miether austreiben kann, zur Anerkennung bringen. In zweifelhaften Fällen möchte die Vermuthung aber doch für die Miethe, als das häufigere, und die Sache weniger belastende Geschäft streiten.

Eine Remuneration für die Ausübung der Personalservituten kann auch dadurch veranlaßt werden, daß denselben eine Resolutivbedingung in der Art beigefügt wird, daß sie nur so lange dauern solle, als der Berechtigte in bestimmten Terminen eine bestimmte Leistung an den Eigenthümer der dienenden Sache mache, wo natürlich dieser nie eine Klage auf diese Leistung hat, sondern nur die Ausübung der Servitut verhindern kann, wenn die Zahlung nicht erfolgt ist. Da entsteht die Frage, ob in solchem Falle nicht eine Reihe von einzelnen successiven Personalservituten angenommen werden müsse, die von einem Zahlungstermin zum andern dauern, und wenn daher der Berechtigte den einen versäumt und darum die Servitut verwirkt habe, ob er da nicht beim nächsten die Servitut von Neuem fordern könne. Dafür scheinen Stellen wie l. 10 und l. 12 quand. dies leg. veniet 36, 2 zu sprechen, worin gesagt wird, daß wo in annos singulos, quotannis, oder in singulos menses oder dies der Usufruct legirt sei, nicht ein einzelnes Legat, sondern mehrere sein; ferner die l. 1 § 3 de usufr. accrescendo 7, 2, wo es heißt, er werde jeden Tag von Neuem constituirt. Jene ersten Stellen mußten aber interpretiren, warum diese Zusätze zugefügt waren, und sollten diese nicht ganz müssig sein, so mußte das in solcher Weise geschehen. In unserm hier behandelten Falle haben aber die etwa gebrauchten derartigen Ausdrücke den bestimmten Zweck, die Zahlung der Remuneration zu ordnen, und brauchen sie daher nicht auf einen vom gewöhnlichen Gebrauche abweichenden Willen der Constituenten gedeutet zu werden, vielmehr ist es wahrscheinlich, daß diese wollten, daß die Servitut, wenn nicht mehr bezahlt werde, ganz und gar erlösche, und der Eigenthümer aus der ewigen Ungewißheit, ob der Berechtigte in dem jedesmaligen folgenden Jahre

die Servitut ausüben wolle, befreit werde. Die l. 1 § 3 de usufr. hat aber nur Beziehung auf das Accrescenzrecht, und wird nicht auszudehnen sein.

Von einer andern Servitut kann die Personalservitut ebenso abhängig gemacht werden, wie wir das oben für die Realservitut sahen.

§ 23.

Die sogenannten irregulären Personalservituten.

Wenn wir seither ausführten, daß auch die Personalservituten jede mögliche Modification durch den Willen der Constituenten erhalten können, wenn nur die verliehene Befugniß einen pekuniären Werth behält, so liegt darin auch, daß eben dieser Wille der Personalservitut in einem einzelnen Falle ganz dieselben Beschränkungen auferlegen kann, welcher die Realservituten unterliegen, und namentlich also ihren Umfang von dem Bedürfniß eines von dem Berechtigten besessenen benachbarten Grundstücks abhängig machen, und die Fortdauer dieses Besitzes als die Bedingung derselben hinstellen kann. Die Möglichkeit einer derartigen Personalservitut, die doch mit Nothwendigkeit aus der Freiheit folgt, welche den Constituenten auch hier eingeräumt ist, hat man oft verkannt, und so geht noch Zachariä von Lingenthal in seinem sonst so trefflichen Aufsatz über diesen Gegenstand[a]) von der Voraussetzung aus, daß Personal- und Realservituten immer mit Nothwendigkeit einen quantitativ verschiedenen Inhalt haben müßten, da bei den Personalservituten das Maaß der Berechtigung der Vortheil oder das Bedürfniß der berechtigten Person sei. Allein dieser ist nicht immer das Maaß, sondern nur die Grenze des Inhalts; über denselben hinaus darf keine Servitut gehen, innerhalb desselben kann aber jeder andere Maaßstab für den Umfang der Berechtigung festgesetzt sein, und also auch das Bedürfniß eines Grundstücks, dessen Verbesserung immer eine gleiche Verbesserung für das Vermögen des Besitzers enthalten wird. Es kann, wie wir sahen, allerdings einem Grundstück eine Realservitut zustehen, deren Ausübung dem gegenwärtig Berechtigten keinerlei Vortheil

---

a) Arch. für die Praxis Bd. 27 S. 1—56.

gewährt, so daß also solche doch weiter geht, als die entsprechende Personalservitut möglicher Weise gehen kann, allein dann und soweit kann der Berechtigte auch die Ausübung nicht beanspruchen, und deßhalb kann man allgemein sagen, daß die Befugniß, welche dem gegenwärtig Berechtigten durch eine Realservitut verliehen werden kann, in demselben Umfang auch Inhalt einer Personalservitut sein kann.

In dem einzelnen Falle, wo ein derartiges Verhältniß constituirt wird, kann es aber möglicher Weise zweifelhaft sein, ob eine solche an die Bedingungen und Voraussetzungen der Realservitut geknüpfte Personalservitut beabsichtigt worden ist, oder ob eine Realservitut unter der Beschränkung errichtet werden sollte, daß sie nur der erste Erwerber für seine Person ausübe, und sie daher erlösche, wenn er sterbe oder den Besitz veräußere, also eine Realservitut unter einer Resolutivbedingung. Ein praktischer Unterschied dieser beiden Fälle wird kaum bemerklich sein; will man aber dennoch diese Bildung einer Klasse des Systems ausschließlich zutheilen, so wird die Vermuthung für die Personalservitut streiten, indem die Realservitut mit Eintritt der Bedingung d. h. beim Tode des Berechtigten oder einer von ihm vorgenommenen Veräußerung des Grundstücks nur ope exceptionis erlöschen würde, der ipso iure geschehende Untergang aber, welcher bei der Personalservitut eintritt, viel mehr in der Absicht der Parteien und dem Wesen des Geschäfts gelegen haben wird. Es sollte ja nur der individuellen Person des Berechtigten eine Befugniß ertheilt werden; an die Sache, und daß ihr eine Eigenschaft fehle, die künstlich für die Dauer ersetzt werden müsse, ist nicht gedacht worden[b]).

---

b) Einen Anhaltspunkt möchte hierfür auch l. 1 § 43 et 44 de aq. quot. et aest. 43, 20 gewähren. Hier heißt es, daß das Privileg, Wasser aus öffentlichen Gewässern abzuleiten, Personen und Grundstücken ertheilt werden könne. Im ersteren Fall werde aber der, welcher nachher das Grundstück erwerbe, die Befugniß nicht miterwerben, wohl aber werde sie ihm gewiß ertheilt werden „si dorerit praediis suis aquam debitam, et si nomine ejus fluxisse, a quo dominium ad se transiit. Also wird diese persönliche Befugniß ganz so aufgefaßt, als ob sie dem Grundstück selbst für die Dauer des derzeitigen Besitzes zugestanden sei, und doch wird sie in § 43 als personis datum bezeichnet. Diese Befugnisse an öffentlichen Gewässern werden aber, wie später auszuführen ist, vielfach analog den Servituten behandelt.

Während nun um derartige Personalservituten constituiren zu können, der Besitz eines dem dienenden benachbarten Grundstücks erforderlich ist, so können nun auch weiter manche von den Befugnissen, welche durch Realservituten gewöhnlich verliehen zu werden pflegen, selbst da Gegenstand von Personalservituten sein, wo der Berechtigte kein benachbartes Grundstück inne hat, und hier wird denn allerdings die Servitut nur eine Aehnlichkeit mit der betreffenden Realservitut haben; ihr Inhalt wird ein ganz anderer sein, da er nicht durch das Bedürfniß eines Grundstücks bestimmt wird. Diese letztere Art der Servituten pflegt man, um sie von den gleichnamigen Realservituten zu unterscheiden, als irreguläre Personalservituten zu bezeichnen, ein Ausdruck, der wenig Vortheil bringt und dagegen mitunter Veranlassung zu manchem Mißverständniß, oder wie namentlich in neuerer Zeit, zu manchem Wortstreit geworden ist.

So einfach diese Sätze aus dem oben gefundenen Grundsatz der Freiheit in der Errichtung von Personalservituten auch hervorgehen, so wird es doch nöthig sein, einzelne hierher einschlagende Stellen näher zu besprechen, da aus solchen mancherlei falsche Deductionen haben abgeleitet werden sollen.

So giebt es denn zuerst Stellen, welche einzelne Servitutenbildungen ausdrücklich als Realservituten hinstellen, und ihnen den Charakter einer Personalservitut kategorisch absprechen, während doch nach unserer Auffassung jede durch eine Realservitut verliehene Befugniß auch Inhalt einer Personalservitut sein kann. So sagt l. 20 § 3 de S. P. R. 8, 3:

Hauriendi ius non hominis, sed praedii est.

Allein es ist zu berücksichtigen, daß sich für einzelne durch den Willen der Constituenten besonders häufig geschaffene Bildungen bestimmte Formeln und Namen gebildet hatten, und daß der Gebrauch derselben daher immer auf ein bestimmtes herkömmlich so bezeichnetes Institut hinwies. Namentlich aber hatten die einzelnen Realservituten solche feststehende Namen, und so deutete denn der Gebrauch der seit ältester Zeit üblichen Ausdrücke iter, actus, via auf eine Realservitut[r]), der eine Personalservitut als ius oder usus transeundi

---

r) Z. B. in l. 5 de serv. leg. 33, 3.

entgegengesetzt zu werden pflegte[d]). Auf diese Weise haben wir die l. 20 § 3 zu erklären und ebenso alle die andern Stellen, wo, wie in l. 1 de S. P. R. 8, 3, bestimmte Servituten der einen oder andern Klasse der Praedialservituten zugerechnet werden.

Es ist sodann aber vor Allem die l. 14 § 3 de aliment. legat. 34, 1 zu besprechen, welche die richtige Auffassung dieser Lehre besonders erschwert hat und Widersprüche bietet, die sich ohne Anwendung einer Conjecturalkritik nicht werden beseitigen lassen[e]). Ulpian erzählt in dem ersten Theil dieser Stelle (bis Nam) von einem ihm vorgelegten Rechtsfall und seiner dafür gegebenen Entscheidung. Jemand hatte in Gegenden, wo das für das tägliche Leben nöthige Wasser einen Handelsartikel ausmachte, seinen Freigelassenen den lebenslänglichen freien Bezug von Wasser legirt. In der Antwort unterscheidet Ulpian zwei Fälle, einmal wenn der Testator selbst keine eigene Cisterne hatte, wo dem Erben obliegen soll, den Legataren das, was solche freie Wasserbenutzung werth ist, zu zahlen, also die Regeln über Legate fremder Sachen Platz greifen; sodann den Fall, wenn der Testator selbst eine Cisterne hat. Hier soll nach Ulpians Entscheidung das Legat auch gültig sein, doch erwähnt er nicht ausdrücklich, von welchem Gesichtspunkt aus er zu diesem Resultat gelangt ist. Allein keinen Zweifel lassen uns darüber die folgenden Worte, worin Ulpian es nöthig findet, darauf aufmerksam zu machen, daß der Einwand, es sei ja eine Servitut an jemanden hinterlassen,

---

d) Doch nicht immer, wie z. B. in l. 15 § 1 de usu leg. 33, 2 gesagt wird, dem Usufructuar sei von dem Erben nöthigenfalls eine via über den ererbten Acker zu bestellen.

e) *Ulpianus* lib. II. Fideicommissorum: Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum relinquerat. Consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est; dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relictā. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi; haec enim aqua personae relinquitur.



der kein benachbartes Grundstück inne habe, die Gültigkeit eines solchen Fideicommisses nicht umzustoßen vermöge. Ein derartiger Einwand war, wenn er nicht von vorneherein ganz absurd sein sollte, nur möglich, wenn man in der testamentarischen Disposition die Constituirung einer auf Wasserbezug gerichteten Servitut sah, und widerlegt sich daher durch diesen Satz, wie schon oft ausgeführt ist, vollständig die Annahme der Glosse, wonach der Jurist hier bloß von einem persönlichen Anspruch an den Erben handle. Dieser erste Theil der Stelle beweißt also, daß eine auf Wasserbezug gerichtete Servitut, die ja regelmäßig als Realservitut erscheint, auch ganz unabhängig von der Benutzung und dem Besitz eines herrschenden Grundstücks und als reine Personalservitut bestellt werden kann.

In dem zweiten Theil scheint nun aber der Jurist einen Satz aufzustellen, der jenem ersten gradezu widerspricht. Denn darnach soll das Recht, Wasser zu schöpfen und Vieh zum Wasser zu treiben, zwar Inhalt einer Personalservitut sein, jedoch demjenigen, der kein benachbartes Grundstück hat, gültig nicht hinterlassen werden können. Und dasselbe soll gelten für das Recht, sich in einer Sänfte irgend wo herum tragen lassen, oder Wein irgendwo keltern oder Korn irgendwo ausdröschen zu dürfen. Diesen Ausspruch hat man vergeblich mit dem ersten Theil der Stelle, wie solche allein richtig verstanden werden kann, zu vereinigen versucht, und hat sich daher schon seit Cujac genöthigt gesehen, das „inutiliter relinquit“ in ein „utiliter“ oder „non inutiliter relinquit“ zu verwandeln, und ferner hat man die gebräuchliche Interpunction dieses Satzes dahin geändert, daß man so schreibt:

> Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus, personae tamen ejus (wie man dann richtiger statt ei setzte), qui vicinus non est, utiliter relinquitur.

Und so bestätigt dieser Satz nur den ersteren, daß diese Berechtigungen, obwohl sie Servituten sind, doch auch zu Gunsten solcher, die kein benachbartes Grundstück haben, hinterlassen werden können, ja von einer dieser Berechtigungen, dem ius gestandi erscheint es sogar, da es mit dem ius ambulandi die größte Aehnlichkeit hat, höchst zweifelhaft, ob es Inhalt einer Prädialservitut sein kann, was von dem eben genannten Recht, irgendwo spaziren zu gehen, bekannt-

lich auf das bestimmteste geleugnet wird[f]). Und auch dieser Umstand macht jeden andern Erklärungsversuch dieses Widerspruchs unmöglich. Die Schlußworte: haec enim aqua personae relinquitur, die man weder als einen Theil des von Ulpian ertheilten Responsums erklären kann, der durch die Zwischenbemerkung von dem ersten Theil getrennt ist, indem dann die indirecte Rede hätte bewahrt werden müssen, noch als eine Rückanwendung der besprochenen Beispiele auf jenen an die Spitze gestellten Fall, indem dann ein illa oder ista auf das lange vorher erwähnte Wasser hätte hinweisen müssen, wird man passend nach Zachariä von Lingenthals Vorschlag[g]) dahin verbessern:

haec enim *aeque* personae relinquuntur,

d. h. alle die genannten Rechte können Gegenstand einer Personalservitut sein: eine Recapitulation, welche der Zusammenhang nicht nur gestattet, sondern sogar erforderlich macht.

---

§. 24.

Rückblick.

Wenn wir nun auch seither sowohl für Real- als für Personalservituten zu dem Resultate gelangt sind, daß durch dieselben die Herrschaft über jede einzelne Eigenschaft einer Sache, durch welche sie Nutzen zu gewähren vermag, dem Eigenthümer entzogen werden kann; so haben wir doch auch zugleich die Mittel kennen gelernt, welcher sich das Recht bedient, um einer zu großen Ausdehnung der Servituten entgegenzuarbeiten und um zu verhindern, daß das Eigenthum, das zwar dem Begriffe nach niemals durch Servituterrichtung aufgehoben werden kann, doch nicht zu etwas rein Illusorischem

f) L. 8 de serv 8, 1.

g) Archiv a. a. O. S. 47.

werde, dem alle positiven Vortheile entzogen sind. Diese Mittel bestehen nämlich darin, daß

1) für Personalservituten, welche ihrem Umfange nach die Gesammtheit aller und jeder Vortheile, die aus der Sache gezogen werden können, möglicher Weise umfassen, immer die temporäre Beschränkung auf die Lebenszeit des Berechtigten bewirken muß, daß dem Eigenthümer die sichere und wohlbegründete Hoffnung auf die spätere Wiedervereinigung der abgelößten Eigenschaften bleibt, und darum das Eigenthum immer einen Werth für ihn behält. Im spätern Rechte ist allerdings, wie wir am Schluß des § 12 ausgeführt haben, diese Schranke durch Zulassung der Servitutbestellung zu Gunsten der Erben des ersten Innehabers durchbrochen worden; allein zur Aufstellung einer neuen Schranke hat das römische Rechtsleben und auch wohl unseres keine Veranlassung geboten.

2) Prädialservituten, welche ihrer Dauer nach unbeschränkt sind, werden durch die Bestimmungen über den Vortheil, welchen sie bei der Benutzung der herrschenden Sache gewähren müssen, eingeschränkt, so daß dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks, wenn er auch nicht auf den Heimfall der veräußerten Befugnisse rechnen darf, doch meistentheils eine Reihe von Eigenthumsbefugnissen bleibt, aus denen er Nutzen zu gewinnen vermag, indem die oben gegebenen Regeln es nur sehr selten zulassen werden, daß alle nutzbringenden Eigenschaften eines Grundstücks von diesem abgelößt und einem andern durch Errichtung von Prädialservituten zugefügt werden können. Es giebt allerdings solche Fälle, indem z. B. ein dienendes Grundstück so klein sein kann, daß es nur soviel producirt, als zur Ernährung der vier Stück Vieh, welche in Folge einer Weidegerechtigkeit das ganze Jahr hindurch dort weiden können, durchaus nöthig ist, so daß jede andere sachgemäße Benutzung die Servitutberechtigten stören wird; die Servituterrichtung kann daher in solchem Falle eine versteckte Eigenthumsübertragung sein, welche die etwa dafür vorgeschriebene schwierigere Form vermeiden will. Ferner können in solchem Falle durch Dereliction des jetzt werthlos gewordenen Eigenthums Seitens des Eigenthümers mancherlei Inconvenienzen für öffentliche und für Privatrechtsverhältnisse entstehen; allein bei der großen Seltenheit der dafür nöthigen Bedingungen und den größern Vortheilen, die doch immer das Eigenthum gegen-

über den Servituten z. B. durch längere Verjährungszeiten, Klagen, freie Disposition u. s. w. verleiht, hat das Recht seither auch in den gegebenen Bestimmungen einen genügenden Schutz gegen allen Mißbrauch der Realservituten gefunden.

Daß nun aber die römische Jurisprudenz sich auch wirklich des Bestrebens bewußt war, daß das Eigenthum nicht allzu sehr beschränkt werde, ersehen wir z. B. aus l. 3 § 2 de usufr. 7, 1, wo Gaius sagt:

> Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum et ad proprietatem reverti. Vgl. l. 14. C. de usufr. 3, 33.

§. 25.

Ausmittelung des Umfangs der Servituten in den einzelnen Fällen.

Wenn, wie wir seither auszuführen versuchten, der jedesmalige Inhalt der Servituten, abgesehen von den Fällen des gesetzlichen Ususfructs, nur durch den Willen der Constituenten geschaffen wird, so ergiebt sich daraus schon, wie es für den Bestand der Servituten wesentlich erforderlich ist, daß dieser Wille sich so manifestirt hat, daß er mit Sicherheit erkannt werden kann: Das Recht fordert nun aber nicht, daß sogleich bei der Constituirung einer Servitut dieselbe nach allen Seiten hin scharf umgränzt und jede mögliche Wirkung im Voraus ausdrücklich bestimmt werde, sondern es überläßt dem richterlichen Ermessen um so mehr die Ergänzung der Seitens der Constituenten festgesetzten Bestimmungen durch analoge Ausdehnung unter Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse, als es oft unmöglich sein möchte, alle und jede Beziehungen zwischen Servitutberechtigten und Eigenthümer von vorne herein unter bestimmt gefaßte Regeln zu bringen, zumal da die Servituten selten ein nach Außen hin abgerundetes und abgeschlossenes Gebiet haben, dessen Grenzen schon gleichsam durch die Natur bezeichnet werden. Damit nun aber für alle vorkommenden Fragen durch analoge Ausdehnung der wahrscheinliche Wille der Constituenten erkannt werden kann, muß solcher wenigstens für die Hauptmomente der Servitut

in gehöriger Form geäußert sein, und wo dieses unterlassen ist, wird die Existenz einer Servitut nicht angenommen werden dürfen. So sagt Paulus in l. 7 pr. com. praed. 8, 4ᵃ), daß, wenn bei der Tradition eines Hauses der Tradent schlechtweg gesagt habe, dieses solle einem andern Hause dienen, so gelte das für nichts, weil es zu unbestimmt sei, worin diese Servitut bestehen solle. Er fügt noch eine andere Möglichkeit hinzu: es könnte in Folge dessen jede Servitut, d. h. also jede, welche dem andern Grundstück Vortheil gewährt, durch diese Bestimmung dem tradirten Hause auferlegt worden sein; allein, wenn Paulus auch unbestimmt läßt, wo diese Erklärung derartiger Worte vorgezogen werden muß, so darf sie doch allgemeinen Regeln nach nur da angenommen werden, wo bestimmte Momente auf einen solchen immerhin auffallenden Willen der Parteien hinwiesen. Dasselbe würde gelten, wenn allgemein eine Personalservitut constituirt wäre, nur daß da vielleicht der Sprachgebrauch mehr dafür sprechen möchte, daß die wichtigste, häufigste und umfassendste Personalservitut der Ususfruct, beabsichtigt worden sei.

Um nun den Willen der Constituenten über die Beschaffenheit der auferlegten Servitut kennen zu lernen, wird oft die gewählte Bezeichnung schon einen genügenden Anhaltspunkt gewähren, indem für häufiger vorkommende Bildungen bestimmte Namen entstehen, und wird es dann die Aufgabe der Jurisprudenz sein, zu erforschen, wie das Rechtsverhältniß in allen seinen Theilen beschaffen ist, welches das Leben mit diesem Namen zu bezeichnen pflegt. Hierin bietet uns die römische Rechtswissenschaft bewunderungswürdige Vorbilder, die aber auch nur als Vorbilder zu benutzen und nur soweit unmittelbar anzuwenden sind, als die factischen Verhältnisse bei uns dieselben sind, und wir Bezeichnungen haben, die ganz und gar mit den entsprechenden römischen Worten gleichbedeutend sind, wie das z. B. hinsichtlich „*ususfructus*" und „Nießbrauch" oder des auch bei uns üblichen „Usus fruct" der Fall ist.

Doch nicht immer wird die Anwendung eines durch den Sprach-

---

a) In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.

gebrauch mit einer bestimmten Servitutenbildung verbundenen Ausdrucks schon genügen, um ein sicheres Bild von der durch die Parteien beabsichtigten Servitut zu gewähren, und das wird namentlich nicht der Fall sein, wenn dieselbe sich nicht über das ganze als dienend bezeichnete Grundstück erstrecken soll, sondern ihrer Natur nach nur einen Theil davon berühren kann. So wenn einem größern Grundstück allgemein eine Wegeservitut, oder eine servitus protegendi, tignum immittendi u. s. w. aufgelegt ist. Der größere oder geringere Umfang, auf den sie sich erstreckt, die Lage des Theils, welchem die Last ausschließlich obliegen soll, werden der Berechtigung und der daraus fließenden Eigenthumsverminderung einen ganz verschiedenen Charakter zu verleihen im Stande sein.

Es hätte nahe gelegen, in solchem Falle anzunehmen, die Servitut existire noch gar nicht, sondern sei noch von der Suspensivbedingung abhäng gemacht, daß zunächst der dienende Ort näher zu bestimmen sei; allein das römische Recht räumte, wie im § 19 ausgeführt ist, den Bedingungen bei Realservituten eine sehr geringe Wirksamkeit ein, und schlug daher einen andern Weg ein. Für die Wasserleitungsservitut und für alle Wegeservituten wird nämlich ausdrücklich bestimmt, daß in solchem Falle das ganze belastete Grundstück dienen solle und der Berechtigte daher die Wahl habe, wo er die Servitut ausüben wolle. So sagt Paulus in l. 21 de S. P. R. 8, 3.

> Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum, non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet. Vgl. l. 8 de aqua quotid. et aest. 43, 20.

und Celsus in l. 9 de serv. 8, 1.

> Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem ire agere licebit, civiliter modo[b]).

---

b) Wenn Paulus dagegen in l. 26 de S. P. R. sagt:

> Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem, si modo nulla captio legatario in servitute fit,

und demnach die Wahl dem Eigenthümer der belasteten Sache zuspricht, wobei nur der Servitutberechtigte nicht positiv Schaden erleiden darf; so kann man das nicht als eine Singularität für alle durch letztwillige Verfügungen entstandene

Allein unter Umständen können einzelne Theile, auch wenn sie unter jene allgemeine Bezeichnung des dienenden Grundstücks inbegriffen sind, doch von der Servitut frei bleiben, weil es vermöge ihrer Beschaffenheit unwahrscheinlich ist, daß die Constituenten auch sie belasten wollten, und so sagt denn **Pomponius** in der auf jene l. 21 folgenden l. 22 de S. P. R.:

> Sed quae loca eius fundi tunc, quum ea fieret cessio, aedificiis, arboribus, vineis vacua fuerint, ea solo eo nomine servient,

und **Celsus** erläutert jenes *civiliter modo* in den folgenden Worten der l. 9 dahin:

> Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, quum id aeque commode per alteram partem facere possit minore fundi servientis detrimento.

Da nun aber keineswegs die Absicht der Constituenten dahin gegangen sein wird, daß der Berechtigte fortwährend wechsele und bald hier bald dort und in Krümmungen auf dem belasteten Grundstück gehe, so soll der Berechtigte genöthigt werden können, daß er eine Richtung

---

derartige Servituten auffassen, indem **Julian** in der l. 28 desselben Titels das Gegentheil annimmt, da er sagt, daß, wenn eine Wegegerechtigkeit einem gemeinsamen Grundstück mehrerer legirt sei, die Servitut nicht eher erworben sei, als bis die mehreren Eigenthümer über den Ort, wo der Weg gehen sollte, zur Uebereinstimmung gelangt sein. Also hängt hier diese Wahl von dem Berechtigten ab. Da daher jene l. 26 in einem unzweifelhaften Widerspruch mit andern Stellen steht, so hat man sie wohl mit Recht mit der Errichtungsform in Verbindung gebracht und gesagt, sie handle von einem **legatum per damnationem**, bei welchem der Erbe verpflichtet war, die legirte Sache herauszugeben, und wenn daher diese nur **in genere** bestimmt war, solche vorher zu wählen hatte, ehe er sie herausgeben konnte. Wenn in der l. 28 gesagt ist, bis zur erfolgten Wahl Seitens der Legatare, sei noch gar keine Servitut vorhanden (**servitus neque acquiritur, neque deperit**), so widerspricht das auch der citirten l. 9 **de serv.**, wo das Vorhandensein einer Servitut sofort und zwar dann für das ganze Grundstück angenommen wird. Daß diese Stelle daher von einem **legatum sinendi modo** rede, bei welchem die Wahl Seitens der Legatare Bedingung des Legats war, möchte die einzige genügende Erklärung sein, und wären demnach beide Stellen als antiquirt heute nicht mehr allgemein anwendbar.

ein für alle Mal wähle. Das wird bei der Wasserleitungsservitut schon dadurch geschehen, daß er die Vorrichtungen dazu aufstellt, ebenso wo er ein Recht auf einen zum Fahren u. s. w. hergerichteten Weg hat, daß er solchen anlegt[c]); es kann aber auch da gefordert werden, wo keinerlei Vorrichtung nöthig ist, wie bei der servitus actus oder itineris, und nöthigenfalls kann richterliche Entscheidung diese Wahl vornehmen, wenn der Berechtigte es unterläßt[d]). Ist über die Breite des Wegs nichts festgesetzt, so soll auch diese erforderlichen Falls durch richterliches Ermessen festgestellt werden[e]), und zwar muß das geschehen unter Berücksichtigung des Bedürfnisses, der Ortsgewohnheit, der Beschaffenheit des dienenden Grundstücks und anderer Umstände, welche über den muthmaaßlichen Parteiwillen Aufschluß zu geben vermögen, und nur für die servitus viae war im römischen Recht die alte gesetzliche Bestimmung über die Breite des Wegs in solchen Fällen ein für alle Mal maaßgebend[f]). Ist auf diese Weise einmal der Ort, welcher dienen soll, genau bestimmt, so erlöscht damit die anfänglich auch auf den andern Theilen des herrschenden Grundstücks lastende Servitut für diese[g]), und lebt darum auch nicht wieder auf, wenn etwa die Ausübung auf dem gewählten Stück unmöglich würde[h]).

---

c) L. 9 de serv. 8, 1.

d) L. 13 § 1 de S. P. R. 8, 3.

e) L. 13 § 1 et 3 de S. P. R.

f) L. 13 § 2 daselbst. Das Nähere siehe unten in der Lehre von den Wegeservituten.

g) L. 9 de serv.; l. 13 § 1 de S. P. R.

h) Für die Wasserleitungsservitut wird in l. 19 pr. quemadm. serv. amitt. 8, 6 anscheinend angenommen, daß vor der Herstellung des iter aquae noch gar keine Servitut vorhanden sei. Dort sagt nämlich Pomponius:

> Si partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil iuris amitto, quia nullum iter aquae fuerit: sed manet mihi ius integrum. Quod si fecissem iter, neque usus essem, amittam.

Doch der Grund dieser Entscheidung wird in einem andern Umstand zu suchen sein. Da nämlich durch bloße Verabredung keine Servitut entstehen konnte, sondern in iure cessio oder mancipatio hinzutreten mußte, so war hier nur eine

Alle diese Bestimmungen fallen aber weg, wenn aus den Umständen einmal ausnahmsweise erkannt werden kann, daß die Constituenten, als sie so allgemein die Wege- oder Wasserleitungsservituten einem Grundstück auflegten, dabei beabsichtigten, daß dieses ganz und gar für immer dienen solle und der Berechtigte fortwährend auf jedem Theile die Servitut ausüben dürfe. Das wird z. B. in l. 13 § 1 de S. P. R. angenommen, wenn bei der Constituirung festgesetzt war: *totus ager itineri servit.*

Diese für die Wege- und zum Theil für die Wasserleitungsservituten gegebenen Vorschriften werden auch auf andere Servituten anzuwenden sein, wenn solche allgemein einem ganzen Grundstück auferlegt sind, während sie ihrer Natur nach doch nur für einen Theil desselben ausgeübt werden können[i]). Hat daher z. B. jemand für sein Grundstück die Befugniß erworben, in des Nachbars Luftraum sein Dach hineinbauen zu dürfen (servitus protegendi), ohne daß der Theil der Grenze, wo dies geschehen darf, oder die Breite, bis zu welcher der Berechtigte von dieser Befugniß Gebrauch machen kann, bestimmt ist, so ist die Servitut nicht etwa wegen Unbestimmtheit der wichtigsten Momente ungültig, sondern der Berechtigte hat, wie bei den Wegeservituten, die Wahl des Ortes, wo er das Dach anbringen will, und was die Breite

---

Verpflichtung zur Servitutbestellung, nicht aber eine Servitut selbst begründet, und diese Verpflichtung unterlag daher natürlich nur der regelmäßigen Verjährung, und das singuläre Institut des non usus konnte auf dasselbe keine Anwendung finden. In der Gestattung der Herrichtung eines iter aquae war aber eine Quasitradition enthalten, und diese erzeugte, wenn auch keine civile Servitut, so doch ein servitutähnliches vom Prätor geschütztes Verhältniß, welches durch Nichtgebrauch erlosch. Vgl. l. 1 § 2 de S. P. R. 8, 3; l. 1. pr. quibus mod. ususfr. amitt. 7, 4; l. 3 si ususfr. pet. 7, 6 und Zachariä von Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844. S. 55.

i) Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 53—56 will hier eine Eigenthümlichkeit der Wege- und Wasserleitungsservituten finden, und bringt diese mit einer andern der genannten vier Servituten, nämlich mit ihrer Fähigkeit, vom Eigenthümer verpfändet zu werden, in Verbindung. Es möchte aber kein innerer Grund für eine solche Annahme vorhanden sein, und die bloße Nichterwähnung dieser Vorschriften für andere Servituten rechtfertigt sie bei der casuistischen Fassung unserer Quellen in keiner Weise. Näher werde ich auf Zachariäs Ausführung unten in § 38 eingehen müssen.

anbetrifft, so wird diese hier auch unter Berücksichtigung des Bedürfnisses und der beiderseitigen Ortsgelegenheiten nöthigenfalls durch richterliches Ermessen festzusetzen sein. Keineswegs kann der Berechtigte in Folge einer derartigen Servitut nun etwa breite Strecken des dienenden Grundstücks durch künstliche Constructionen überbauen, sondern er muß sich immer in der Grenze halten, daß sein Bauwerk nach Landesbrauch mit den bei der Constituirung gebrauchten Ausdrücken bezeichnet werden konnte, und es den Umständen nach wahrscheinlich ist, daß die Constituenten es also im Sinne hatten.

Ein zweiter Fall, wo trotzdem, daß die Constituenten eine für bestimmte Servitutenbildungen übliche Bezeichnung gebraucht haben, dennoch wichtige und characteristische Momente der beabsichtigten Servitut ungewiß geblieben sind, möchte der sein, wo zwar der dienende Ort genau bestimmt, aber das Maaß, bis zu welchem die Befugniß geübt werden kann, nicht festgesetzt ist. Es wiederholt sich hier daher die Frage, ob die Servitut in solchem Falle wegen Unbestimmtheit ungültig ist, z. B. wenn allgemein eine Weideservitut als Prädial= oder Personalservitut bestellt ist, ohne daß angegeben ist, wie viel Vieh aufgetrieben werden darf. Diese Frage wird unsers Wissens in den Quellen nirgends ausdrücklich behandelt, aber die Analogie des eben behandelten Falles möchte schon beweisen, daß auch hier nicht angenommen werden darf, die Constituenten hätten etwa die nähere Bestimmung sich vorbehalten und den ganzen endlichen Abschluß noch unterlassen, sondern es wird zu vermuthen sein, daß dem Servitutberechtigten freier Spielraum bleiben soll, um die Befugniß nach Belieben auszuüben, daß aber auch wieder der muthmaßliche Wille der Constituenten bei einer so allgemeinen Fassung der Willenserklärung nichts Außergewöhnliches, Zweckwidriges und einen Theil unverhältnißmäßig Belastendes beabsichtigen konnte. Ist daher eine Weidegerechtigkeit in dieser Weise als Personalservitut bestellt, und bieten die Umstände keinen bestimmten Maaßstab, so ist anzunehmen, daß der Berechtigte so viel Vieh auftreiben kann, als das dienende Grundstück zu ernähren vermag; ist sie dagegen als Realservitut bestellt, so bietet immer das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks eine Grenze, indem nur soviel aufgetrieben werden darf, als zur Kultur desselben möglicher Weise benutzt werden kann. Wie wir aber schon oben (§ 16) erwähnten, ist diese Grenze eine sehr

weite, indem bei Gütern von einigem Umfang eine sehr große Anzahl Vieh immer noch durch Arbeitskraft oder Düngung den Anbau des herrschenden Grundstücks erleichtern kann; dagegen ist es nicht üblich, auf einem Gute von einer bestimmten Größe so sehr viel Vieh zu halten, der Vortheil wird durch zu große Kosten aufgewogen, und es giebt daher in der Landwirthschaft feststehende Regeln über die Anzahl des Viehs, welches zur gehörigen Bewirthschaftung erforderlich ist. Mehr zu halten, ist ungewöhnlich, und da nun, wie wir sagten, die Constituenten nicht da, wo sie eine bestimmte Fassung der lex servitutis versäumten, einen ungewöhnlichen Zustand im Auge gehabt haben werden, so ist die Anzahl des Viehs bei einer so allgemein constituirten Weideservitut auf Anrufen durch richterliches Ermessen dem Herkommen gemäß zu fixiren.

Die Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen der Constituenten wird auch weiter darin maaßgebend sein, daß wenn sich nach der Errichtung einer allgemeinen Servitut die Umstände so ändern, daß ein weit größeres Bedürfniß des berechtigten Subjects oder des herrschenden Grundstücks oder eine weit größere Ertragsfähigkeit der dienenden Sache in Folge außerordentlicher nicht im Voraus zu erwartender Ereignisse eintritt, darum doch nicht die Servitut nachträglich so weit auszudehnen ist, wie sie, wenn solche Umstände von vorneherein vorhanden gewesen wären, hätte ausgeübt werden können. Beispiele erwähnten wir schon oben bei der Lehre von der Theilung des herrschenden Grundstücks, wo wir schon ausführten, wie nunmehr nicht das vermehrte Bedürfniß der einzelnen Theile, sondern das seitherige des Ganzen den Maaßstab bieten müsse. Aber nur außerordentliche, nicht zu erwartende Ereignisse müssen diese Veränderung herbeiführen, und wenn daher auch eine besonders reichliche Ernte eintritt, so wird darum doch der zum Usufruct u. s. w. Berechtigte den ganzen lediglich durch die Natur der Sache herbeigeführten Ertrag zu beziehen haben, und wenn jemanden der Usus für sich und seine Familie bestellt ist, so wird auch, wenn durch Vermehrung der Familie, durch Geburten, Heirathen u. s. w. das Bedürfniß größer geworden ist, solches aus der dienenden Sache befriedigt werden können. Wollten die Constituenten hierin anders, so ist anzunehmen, daß sie es auch bei Errichtung der Servitut erwähnt haben würden, wie sie auch wieder es aussprechen mußten, wenn sie

eine Erweiterung des Umfangs der Servitut bei Eintritt außerordentlicher Verhältnisse beabsichtigten.

Hiermit stimmt auch das überein, was in den Quellen über die Ausdehnung der Servituten auf Accessionen der dienenden Sache gesagt wird. Ulpian sagt in l. 9 § 4 de usufr. 7, 1[k]), daß der Usufruct die Alluvion ergreife, und diese ist ja auch bei einem Grundstück an einem Flusse immer zu erwarten und keine Folge ungewöhnlicher Ereignisse; dagegen leugnet er, daß an einer im Flußbett neben dem dienenden Grundstück entstandenen Insel der Usufruct geltend gemacht werden könnte. Der Grund, mit welchem Ulpian die Meinung des Pegasus rechtfertigt, ist freilich ein anderer, als der von uns angegebene, aber ein letzter Grund möchte jener nicht sein, sondern es noch weiterer Begründung bedürfen, warum der Usufruct nur das umfassen soll, was durch allmähliges Wachsthum zugefügt ist, und möchte da eben in dem muthmaßlichen Willen der Constituenten die wahre Ursache zu suchen sein. Dies wird gleichfalls für die von Pomponius in l. 3 § 2 de aqua quot. 43, 20[l]) gegebene Entscheidung gelten. Darnach soll eine Servitut, vermöge deren man aus dem öffentlichen Fluß Wasser über das dienende Grundstück ableiten kann, auch die Alluvion dieses Grundstück ergreifen, dagegen nicht den Theil des Flußbetts, welcher demselben accrescirt, wenn der Fluß seinen Lauf ändert. Die von Pomponius für die einzelnen Fälle angegebenen Gründe sind freilich

---

k) Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari; et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat; esse enim veluti proprium fundum, cuius ususfructus ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione; nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.

l) Si aquam ex flumine publico duxeris, et flumen recesserit, non potes subsequi flumen, quia ei loco servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit. Sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo, subsequi potes, quia locus totus fluminis serviat ductioni. Sed si circumfluere coeperit mutato alveo, non potes, quia medius locus non serviat, interruptaque sit servitus.

wieder nicht die oben ausgeführten; allein daß für die Ausdehnung der Servitut auf die Alluvion nicht bloß der Umstand gewirkt habe, daß man an dem öffentlichen Fluß ein servitutartiges Recht habe und dieses Recht nicht durch Veränderungen des dienenden Flusses beeinträchtigt werden könne, folgt daraus, daß dieser Umstand für die andern Fälle, wo er doch gleich wirksam hätte sein müssen, ohne Einfluß geblieben ist. Denn wenn der Fluß sein Bett auf der einen Seite verläßt, um sich auf der andern ein neues zu graben (recesserit), so müßte doch dem alten Bett ebenfalls die Servitut aufliegen; allein hier leugnet es Pomponius, und der Grund möchte nur sein, weil dieses Ereigniß bei der allgemeinen Constituirung der Servitut als etwas Ungewöhnliches wahrscheinlich nicht vorausgesehen wurde, während dafür, daß die Servitut auch die Alluvion nach dem Willen der Constituenten ergreife, die Wahrscheinlichkeit sprach.

War an einer Sklavin ein Ususfruct bestellt, so wurden bekanntlich die von ihr geborenen Kinder als Accessionen aufgefaßt, und fielen demnach in das Eigenthum des Herrn der Mutter, nicht in das des Usufructuars; dieser hatte aber auch nicht einmal einen Usufruct an denselben, indem Ulpian in l. 68 de usufr. 7, 1, davon spricht, daß auch an dem partus ausdrücklich ein Usufruct bestellt werden könnte, deßhalb also dieser sich nicht von selbst verstand. Die Geburt eines Kindes wurde also als ein solches außerordentliches Ereigniß aufgefaßt, welches die Constituenten nicht schon im voraus berücksichtigten, und ebenso möchte denn auch, wenn ein Schatz auf dem im Usufruct stehenden Grundstück gefunden wird, eine Ausdehnung der Servitut auf diesen Schatz nicht zuzulassen sein.

Wir haben seither davon gehandelt, wie es zur Existenz einer Servitut nöthig sei, daß die Constituenten ihren Willen über die von ihnen beabsichtigte Servitutenbildung soweit erklären, daß wenigstens die hauptsächlichsten Momente erkannt werden können, und wie der Gebrauch einer für bestimmte Servitutenbildungen üblichen Bezeichnung hierfür ein genügendes Merkmal zu geben pflege. Wir haben aber auch schon oben angedeutet, wie selbst die sorgfältigsten Bestimmungen, welche bei der Constituirung getroffen werden, doch nicht dagegen schützen, daß sie nicht in manchen Fällen zur Regelung

der Verhältnisse zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten unzureichend sind und durch analoge Ausdehnung ergänzt werden müssen. Das römische Recht kommt uns nun hierin sehr zu Hülfe, indem es für die einzelnen im damaligen Rechtleben üblichen Arten der Servituten eine Fülle von Interpretationsregeln und oft der allerdetaillirtesten aufstellt — Regeln die den Inhalt der ganzen folgenden Abtheilung, welche von den einzelnen Servituten handeln soll, bilden werden. Hier wollen wir nur einen Gesichtspunkt hervorheben, welcher gleichmäßig bei allen Servituten im Auge behalten wird. Da nämlich die Vermuthung stets dafür streitet, daß die Constituenten alles das, was die nothwendige Voraussetzung für die von ihnen errichtete Servitut bildet, ebenfalls anordnen wollten, so ist dem Berechtigten überall neben der Ausübung der ausdrücklich genannten Befugnisse auch die der adminicula zu gewähren[m]), d. h. er muß die Handlungen vornehmen dürfen, ohne welche jene erste zunächst beabsichtigte Befugniß gar nicht ausgeübt werden kann[n]). Wenn demgemäß die Servitut das Recht verleihen soll, auf dem dienenden Grundstück eine Handlung vorzunehmen, so liegt darin auch, daß der Berechtigte, dem die Möglichkeit fehlt, zu dem dienenden Orte zu gelangen, über andere Grundstücke, die dem Constituenten gehören, gehen u. s. w. soll[o]). Ferner ist in der Servitut die Befugniß enthalten, die dienende Sache in den Zustand zu versetzen, der zur Ausübung der Servitut nöthig ist[p]), und weiter auch die Befugniß, Handlungen vorzunehmen, wodurch diese Vorrichtungen in gehörigem Stand erhalten werden. Zu dem Zwecke kann er sich denn auch namentlich, wenn solches erforderlich ist, mit Allem, was er zur Reparatur bedarf, über das Grundstück des Constituenten zu den Vorrichtungen begeben und dort die nöthigen Arbeiten vornehmen[q]).

---

m) Man hat das Recht auf die adminicula auch als eigene Servitut und zwar als eine servitus tacita auffassen wollen. Gesterding, Nachf. Bd. VI. Abth. I. S. 49.

n) Ulpian in l. 1 § 1 si usufr. petat. 7, 6: Usufructus legatus *adminiculis* eget, sine quibus uti frui quis non potest.

o) L. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; Vat. fr. de usufr. § 54.

p) L. 10 de serv. 8, 1; l. 15 de S. P. R. 8, 3; l. 3 § 5 de aq. quot. 43, 20.

q) Pomponius in l. 11 comm. praed. 8, 4: Refectionis gratia

Aber nicht allein die Befugniß zur Vornahme solcher Handlungen, welche die nothwendige Voraussetzung jeder Benutzung der Servitut sind, wird als adminiculum der Servitut und darum als in ihr stillschweigend enthalten angesehen, sondern der Berechtigte darf in Folge dieses Grundsatzes auch da, wo die Servitut ihm schon ohnehin Nutzen zu gewähren vermag, doch solche Handlungen beanspruchen, die zu derjenigen Benutzung nöthig sind, welche die Constituenten bei der Errichtung der Servitut im Auge hatten, oder welche schon die Natur der herrschenden oder der dienenden Sache als die zweckmäßigste und nützlichste anweist. Beispiele mögen das veranschaulichen. Ist ein Usufruct an einem Grundstück bestellt, das ohne Bewässerung gar nicht in der seither üblichen und angemessenen Weise bebaut werden kann, dem aber das dazu nöthige Wasser fehlt und nur über andere Grundstücke des Constituenten zugeführt werden kann, so enthält der Usufruct auch zugleich eine Wassergerechtigkeit, trotzdem daß das Grundstück auch ohne Wasser doch sicher noch immer einigen Vortheil gewähren mußte. Wenn ferner der Usufruct eines Hauses vermacht ist, so darf der Berechtigte fordern, daß auf den anliegenden andern Grundstücken des Constituenten keine Vorrichtungen getroffen werden, wodurch dem dienenden Hause alles Licht entzogen wird, und es so, wenn der Usufruct auch noch immer Werth behält, nicht mehr als Wohnhaus in der üblichen Weise benutzt werden kann[r]). Das darf nun aber nicht dahin ausgedehnt werden, daß der Berechtigte einen Anspruch auf alles das machen kann, was die Servitut vortheilhafter oder angenehmer macht, sondern er darf nur das fordern, was die sachgemäße Ausübung ermöglicht. Darum kann er z. B., um in dem letztgenannten Beispiele fortzufahren, nicht beanspruchen, daß der Constituent in keinerlei Weise

---

accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas tributa est his, quibus servitus debetur, qua tamen accedere iis sit necesse, nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur. Vgl. l. 1 § 1, l. 3 § 10 de rivis 43, 21; l. 3 § 12 und l. 4 de itin. actu. 43, 19. Eine Ausnahme dieser Regel bei der servitus oneris ferendi haben wir oben in § 6 besprochen.

r) l. 30 de usufr. 7, 1; l. 1 § 4 si ususfructus petat. 7, 6; l. 10 de S. P. U. 8, 2.

die Aussicht des im Ususfruct stehenden Hauses verbaue, sondern seine mit dem Ususfruct verbundene Lichtgerechtigkeit geht nur darauf, daß dem Hause soviel Licht bleibe, als zum Bewohnen nöthig ist [s]).

Dieser Anspruch auf die adminicula wird dem Berechtigten in gleicher Weise zustehen, mag die Servitut durch ein Geschäft unter Lebenden oder durch letztwillige Verfügungen entstanden sein. Zwischen diesen beiden Fällen findet aber doch der Unterschied statt, daß im erstern der Berechtigte sie nur fordern kann, weil vermuthet werden muß, daß der Wille des Constituenten auch auf sie gerichtet gewesen ist, und wo daher ausdrücklich das Gegentheil erkannt werden kann, darf dem Berechtigten ein Anspruch auf derartige Befugnisse nicht zugestanden werden und selbst da nicht, wo die Servitut in Folge dessen wegen mangelnder Nützlichkeit nichtig wird. Wird dagegen die Servitut in einer letztwilligen Verfügung constituirt, und wird dann zugleich eine Befugniß, welche die Voraussetzung für die Ausübung der Servitut bildet, untersagt, oder dem Legatar durch eine spätere Verfügung entzogen, so gilt das als eine unmögliche Klausel, und in Gemäßheit des allgemeinen Charakters der Testamente wird diese als nicht zugefügt erachtet, und der Legatar kann die untersagten Handlungen und weiter die ganze Servitut ausüben [t]). Das wird aber nur da gelten, wo die entzogene Befugniß ein nothwendiges Requisit für jede Benutzung der Servitut ist, nicht da, wo sie nur die eine den Umständen am meisten entsprechende Ausübung ermöglichen soll, und daher wird der Testator doch wohl dem Erben die Befugniß ertheilen können, dem Hause, an welchem der Usufruct legirt ist, jedes Licht zu verbauen, indem er durch eine solche Verfügung zu erkennen giebt, daß er bei Bestellung des Usufructs nicht sowohl das Bewohnen, sondern eine andere Benutzung des Hauses, etwa als Waarenlager, im Sinne hatte, und diese auch trotz jener Verfinsterung noch immer möglich bleibt. Seine Verfügung enthält daher keine mit der Servituterrichtung unvereinbare Bestimmung und ist demnach aufrecht zu erhalten.

---

s) Daselbst.

t) L. 1 § 1 si usufr. petatur. 7, 6; l 3 § 6 de adimend. vel transmitt. legatis 34, 4.

Ein anderer Unterschied zwischen den durch Geschäfte unter Lebenden und den durch letztwillige Verfügungen entstandenen Servituten ist weiter der, daß bei ersteren die adminicula nur gegenüber den Grundstücken, welche zur Zeit der Errichtung im Eigenthum des Constituenten standen, geltend gemacht werden können, indem nur diesen durch den Constituenten eine derartige Last auferlegt werden konnte; daß dagegen bei den durch Testamente errichteten Servituten der berechtigte Legatar nicht nur ohne Weiteres einen Anspruch auf diese adminicula an den dem Erben zufallenden Grundstücken des Constituenten geltend machen, sondern außerdem auch fordern kann, daß der Erbe, falls die Servitut nicht anders ausgeübt werden kann, als wenn gewisse Handlungen auf benachbarten fremden Grundstücken vorgenommen werden, die Berechtigung dazu für ihn, den Legatar, erwerbe[u]), oder ihm den Geldwerth der Befugniß herausgebe. Denn

u) L. 1 § 2 si ususfr. pet. 7, 6; l. 10 de S. P. U 8, 2; l. 44 § 9 de leg. l. 30; l. 15 § 1 de usu et usufr. leg. 33, 2. Ueber die Frage, wie an den eigenen Grundstücken des Testators, welche dritten legirt sind, die Befugniß erworben wird, sagt Ulpian in l. 44 § 9 de leg. 1:

> Si duos fundos habens testator alterius mihi usufructum, alterius Titio leget; aditum mihi legatarius non debebit, sed *heres cogitur redimere* aditum et praestare.

Dagegen sagt *Marcellus* in l. 15 § 1 de usufr. leg. 33, 2 über denselben Fall:

> Quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest acquiri via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab herede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet, ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.

Diese beiden Stellen lassen sich nur dadurch vereinigen, daß man in Gemäßheit der l. 15 § 1 annimmt, der Erbe brauche die dem Eigenthume nach legirte Sache nicht eher herauszugeben, als bis der Legatar eine solche Servitut zu Gunsten des Ususfructuars, oder wenn mehrere successive Ususfructe bestellt sind, auch zu Gunsten der später Berechtigten bestellt hat. Diese auf die adminicula der Hauptservitut gerichtete Nebenservitut entsteht also auffallender Weise nicht ipso iure aus dem Testament, sondern muß erst von dem Legatar errichtet werden, und giebt der Erbe die Sache, ohne daß dies geschehen ist, aus den

der Testator hat, als er die Servitut legirte, nur zu einem Theil über eine eigene Sache verfügt, ein anderer Theil, eben jene Befugniß, war ein Legat einer fremden Sache, und muß daher für diese nach Analogie der hierfür geltenden Grundsätze verfahren werden. Sollte der Testator den Erben ausdrücklich von der Verpflichtung, diese Befugniß dem Legatar zu erwerben, frei gesprochen haben, so erklärt er nur ausdrücklich, daß er keine fremde Sache legiren will, und die Verfügung wird völlig in Kraft bestehen. Nur wird die Ausübung der legirten Servitut dann natürlich bis dahin suspendirt, wo der Berechtigte sich selbst die nöthige Befugniß an der fremden Sache erworben hat.

Den muthmaßlichen Willen der Constituenten haben wir seither als das oberste Gesetz für die Ausübung der Servituten hingestellt. Ganz dasselbe ist es, was man nach dem Vorbild von Celsus in l. 9 de serv. 8, 1 so auszudrücken pflegt, die Servitut müsse *civiliter* geübt werden; denn auch er begründet diese Vorschrift mit den Worten: Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Daraus folgt denn schon, daß man die Vorschrift über eine civile Ausübung der Servitut nicht, wie man das hat thun wollen, auf die Realservituten und den Usus beschränken darf, sondern daß sie in gleicher Weise für alle Servituten gilt.

Händen, so hat er kein Mittel, jenen zur Bestellung zu zwingen. Da aber der Erwerber der Hauptservitut solches vom Erben fordern kann, so muß letzterer nun, wie die l. 44 § 9 sagt, die Berechtigung zur Vornahme dieser Handlungen zurückkaufen.

Fünftes Kapitel.

Ausübung der Servituten Seitens anderer Personen als der ursprünglich Berechtigten.

§. 26.

Unzulässigkeit der Uebertragung der Realservituten, des Usus und der ihm nachgebildeten Personalservituten.

Wir sahen oben, wie der Inhalt einer jeden Realservitut in so fern durch die Beschaffenheit der herrschenden Sache bestimmt werden kann, als ihr Zweck immer nur ist, die Benutzung derselben einträglicher oder angenehmer zu machen, und sie daher in dem Bedürfniß derselben eine unübersteigliche Schranke findet. Daraus geht hervor, daß es für den Inhalt der Servitut keineswegs gleichgültig ist, welche Sache die herrschende ist, und daß daher die Uebertragung der Servitut auf eine andere Sache, so daß diese fortan die Trägerin, die herrschende sein soll, auch auf die quantitative Beschaffenheit der Servitut von Einfluß sein, sie zu etwas ganz anderm machen kann, und daher darf auch der zeitige Servitutberechtigte nicht einseitig eine derartige Uebertragung auf ein anderes Grundstück vornehmen. Vielmehr ist dazu Mitwirkung Seitens des Eigenthümers der belasteten Sache und Anwendung der für die Servituterrichtung vorgeschriebenen Formen erforderlich, und es wird dann genau genommen das alte Recht ganz aufgehoben und eine neue Servitut zu Gunsten des Eigenthümers dieser von jetzt an herrschenden Sache constituirt. Weiter folgt aus jenem unmittelbar auf Verbesserung der herrschenden Sache gerichteten Zweck der Realservituten, daß sie nur von jeman-

den ausgeübt werden können, welchem die Benutzung dieser Sache zusteht, oder welcher dabei im Interesse des Berechtigten mitwirken soll, indem die Servitut sonst ja nicht diese Benutzung befördern, ihr Ertrag nicht unmittelbar auf die herrschende Sache verwandt werden könnte. Daher dürfen die Handlungen, zu welchen die Realservituten ermächtigen, von allen, aber auch nur von denen vorgenommen werden, welche der Eigenthümer mit der ganzen oder theilweisen Benutzung der Sache beauftragt, wie Pächter, Sklaven u. s. w., oder welche kraft eigenen Rechts die Benutzung der Sache beanspruchen können, wie Usufructuäre, Innehaber einer Emphyteusis u. s. w. Wenn die Ausübung einer Wegegerechtigkeit den Freunden des Berechtigten und allen denen, qui nomine eius ingrediuntur, gestattet wird[a]), so ist der Grund auch hier, daß sie kraft einer vielleicht stillschweigend ertheilten Erlaubniß das herrschende Grundstück betreten, also in einer Art benutzen wollen, und darum auch die ihm durch die Servitut erst erworbene Eigenschaft benutzen können. Mitunter kann aber durch den Willen der Constituenten die Benutzung der Servitut durch Beauftragte ganz ausgeschlossen sein, indem z. B. eine Durchgangsgerechtigkeit dahin bestellt worden ist, daß nur der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstücks in Person, nicht sein Gesinde u. s. w. sie benutzen soll. Auf jeden Fall darf mit der Ausübung der Servitut niemals jemand in der Weise beauftragt werden, daß er sie allein und nicht auch das herrschende Grundstück benutzen soll, indem dann ja der Ertrag jener nicht mehr diesem zu Gute kommen würde, wie das doch ihrer Bestimmung gemäß der Fall sein muß.

Ebenso verhält es sich hinsichtlich einer Klasse von Personalservituten, bei denen die Constituenten den Umfang nicht allein davon abhängig gemacht haben, daß sie irgend welchen pekuniären Nutzen gewähren, sondern eine unmittelbare Verwendung des Ertrags zum Zweck der Befriedigung des natürlichen Bedürfnisses des berechtigten Subjects fordern, und daher die Ausübung nur soweit gestatten, als jenes Bedürfniß dadurch noch direct befriedigt wird. Das Vorbild und der Vertreter dieser Klasse von Personalservituten ist der Usus. Auch hier würde die Uebertragung auf ein anderes Subject

---

a) Arg. leg. 111 de V. O. 45, 1; l. 3 § 4 de itinere act. 43, 19.

den Inhalt der Servitut nach einem andern Bedürfniß bemessen lassen und er daher zu einem andern werden. Daher ist die Veräußerung durch einen einseitigen Act des Berechtigten auch hier unzulässig, und die Ausübung kann von dritten ebenfalls nur so weit geschehen, als durch dieselben der Ertrag unmittelbar dazu verwandt wird, das Bedürfniß des Berechtigten zu befriedigen[b]). So können z. B., wenn wieder bei der Constituirung nichts anders bestimmt ist, Beauftragte des Usuars die im Usus enthaltenen Früchte einernten, seine Diener und Freunde in seinem Interesse den Weg betreten, an dem er eine persönliche Berechtigung hat[c]), seine Familie und Dienerschaft das Haus bewohnen, an dem er den Usus hat[d]). Sein Bedürfniß wird dabei, wie in der Lehre vom Usus weiter auszuführen ist, regelmäßig auch in einem weitern Sinne genommen, so daß es das Bedürfniß seines ganzen Hausstandes in sich schließt. Weiter darf aber nicht gegangen werden, und wo daher die von dritten vorgenommenen Handlungen dem Usuar nicht mehr unmittelbar zu Gute kommen, sondern der Ertrag zunächst dem Ausübenden zufällt, da wird eine unstatthafte Veräußerung der Servitut vorhanden sein.

Ferner kann auch da, wo der Umfang einer Personalservitut ein für alle Mal fest bestimmt und von dem Bedürfniß des Berechtigten unabhängig zu sein scheint, doch der Wille der Constituenten die Unübertragbarkeit der Servitut festgestellt haben, indem bei solchen Befugnissen, welche fortwährend mit den Befugnissen des Eigenthümers collidiren, und die äußerlichen Grenzen seiner Herrschaft zu durchbrechen gestatten, die einzelne Ausübungshandlung dadurch für ihn einen andern Charakter annehmen kann, daß sie von einem andern, als dem ursprünglich Berechtigten ausgeführt wird. Wo daher erkannt werden kann, daß eine solche Personalservitut ganz besonders mit Rücksicht auf die Individualität des ersten Erwerbers errichtet ist, und nicht die fragliche Handlung im Allgemeinen, sondern

b) L. 10 § 1 comm. divid. 10, 3. — Usus, qui neque venire, neque locari potest.

c) Arg. leg. 111 de V. O. 45, 1.

d) L. 2 § 1, l. 4 § 1, l. 6, l. 7 de usu 7, 8; l. 6 de usufr. leg. 33, 3.

nur, so weit sie von dieser bestimmten Person vorgenommen wird, den Inhalt der Befugniß bildet, da wird die Servitut als eine Nachbildung des Usus behandelt werden müssen und wie dieser unübertragbar sein.

Es ist nicht zu leugnen, daß, abgesehen von dem zuletzt erwähnten Falle, die obigen Regeln, wenn man nur die einzelnen Anwendungsfälle im Auge hat, hart und unverständlich erscheinen können, indem z. B. nicht abzusehen ist, warum ich nicht das Recht, auf eine nahe Weide ein Stück Vieh zu treiben, da doch mein Grundstück eine weit größere Anzahl Vieh zur gehörigen Bewirthschaftung braucht und also eine Erleichterung des dienenden Grundstücks auf Grund eines geringern Bedürfnisses der herrschenden Sache gar nicht zu erwarten steht, an den Innehaber eines Nachbargrundstücks abtreten soll, für den die Berechtigung doch gleichen Nutzen haben und dessen ein Stück Vieh die Last um nichts vergrößern würde. Ebenso kann es auffallend erscheinen, warum ich meinen Usus nicht an einen Dritten abtreten soll, der vielleicht ein bei weitem geringeres Bedürfniß hat, als ich, und daher das dienende Grundstück auch durchaus nicht mehr belasten würde. Allein einmal hängen diese Sätze eng mit der ganzen römischen Auffassung der Realservituten als Qualitäten des Grundstücks zusammen, und dann kann in allen Fällen doch immer möglicher Weise in Folge außerordentlicher Umstände, so unwahrscheinlich es auch sein mag, das Bedürfniß der herrschenden Sache oder des berechtigten Subjects sich derartig ändern, daß die belastete Sache Erleichterung daraus zu ziehen vermag, und diese Möglichkeit darf das Recht bei Aufstellung seiner Regeln nicht aus dem Auge verlieren.

Nur in einem Falle ist eine Veräußerung für den Usus zugelassen worden, aber, wie das ausdrücklich hervorgehoben wird, ist das nur geschehen propter necessitatem und in Folge eines besondern Einschreiten des Prätors. Wenn nämlich an einer Sache für zwei verschiedene Personen ein Usus bestellt ist, den sie gleichzeitig üben sollen, so kann, wenn nach entstandenen Irrungen und Zwistigkeiten ein quasi iudicium communi dividundo erhoben wird, der Richter nöthigenfalls einem den Usus an der ganzen Sache zusprechen, und ihm aufgeben, den andern mit Geld abzufinden, so daß eben

dieser dann seinen Usus in Folge richterlichen Gebots für Geld veräußert[e]).

Eine nothwendige Folge der Unveräußerlichkeit dieser Servituten zeigt sich denn auch darin, daß, da jede Servitutbestellung immer eine theilweise Veräußerung enthält, an ihnen nicht wieder andere Servituten irgend einer Art constituirt werden können, weßhalb sich der Begriff einer Servitut an einer Real-Servitut oder an einem Usus im Rechte gar nicht entwickelt hat, wie denn auch die Regel „*servitus servitutis esse non potest*" zu einer sprichwörtlichen Bedeutung gelangt zu sein scheint. Besonders hervorgehoben wird sie von **Paulus** in l. 1 de usu et usufr. legato 33, 2.

> Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia *servitus servitutis esse non potest;* nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sunt, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit; sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet; aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

Darnach soll also von dem Berechtigten nicht ein Usufruct an einer ihm zustehenden Realservitut constituirt werden können, und dasselbe auch nicht dadurch möglich geworden sein, daß ein Senatusconsult[f]) die Usufructbestellung an allen Sachen zugelassen hat, welche in unserm Vermögen (in bonis) stehen. Denn, so ist der Gedankengang des **Paulus**, die mir zustehenden Servituten sind allerdings nicht **außerhalb** meines Vermögens, sie gehören nicht zu den Sachen, die in Anderer Vermögen stehen (neque extra bona), aber sie sind auch nicht ein selbständiger Theil meines Vermögens, selbst

e) **Paulus** in l. 10 § 1 comm. divid. 10, 3. Si usus tantum noster sit, qui neque venire, neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio, videamus. Sed Praetor interveniet et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.

f) Vgl. tit. 5 lib. 7 Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.

nicht, wenn dieses im weitern Sinn genommen wird, wo alle Sachen dahin gerechnet werden, auf die ich eine Klage habe [neque ex bonis][g]); vielmehr sind sie mein nur als Eigenschaften des herrschenden Grundstücks, und nur durch dieses und fest verbunden mit diesem sind sie Theile meines Vermögens. Als selbständiger Gegenstand eines Usufructs können sie daher auch nach jenem Senatusconsult nicht constituirt werden. Wenn nun daher das vom Testator bezeichnete Verhältniß nicht entstehen kann, so muß doch, weil letztwillige Verfügungen, wo möglich, so interpretirt werden sollen, daß die Absicht des Testators erreicht wird, diese aber, wenn man von dem zu deren Realisirung gewählten Mittel absieht, darin bestand, daß dem Legatar für die Dauer seines Lebens, oder bis er eine capitis deminutio erlitt, die Befugniß, über ein fremdes Grundstück zu gehen u. s. w., ertheilt werde, und ferner diese Absicht des Testators etwas durchaus Mögliches und Erreichbares enthält, nach der Ansicht des Paulus der Erbe verpflichtet sein, dem Legatar die Befugniß zu erwerben, über dasselbe Grundstück zu gehen oder Wasser zu leiten, auf dem jene Servitut ruht, an welcher der Testator irrthümlich den Usufruct bestellen wollte[h]).

Wenn wir also oben manche Eigenthümlichkeiten der Realservituten daraus erklärten, daß sie ihrer Bestimmung nach Surrogate der natürlichen Eigenschaften sind, so unterscheiden sie sich von ihnen auch wieder wesentlich dadurch, daß sie nicht, so weit sie selbständig einen Nutzen zu gewähren vermögen, jeder Zeit durch den Eigenthümer der Sache von ihrer Trägerin, der herrschenden Sache, getrennt und einem andern übergeben werden können, wie solches hinsichtlich der natürlichen Eigenschaften bei einer Servitutbestellung statt findet. Dagegen aber macht sich jener Charakter wieder darin geltend, daß sie, die alle Schicksale der herrschenden Sache theilen, auch durch

g) L. 2 § 22 vi bonorum raptor. 47, 8.

h) Man hat die Stelle auch so erklären wollen, daß die Realservitut, an welche der Usufruct legirt wird, noch gar nicht als solche existire, und der Testator daher nur eine persönliche Befugniß an seinem eigenen Grundstück vermachen wolle. Allein dann erscheint die Begründung, die Paulus seiner Entscheidung beifügt, fast ungereimt, und namentlich ist nicht einzusehen, wie der Satz „servitus servitutis esse non potest" hier wirksam sein kann.

Belastung derselben mit Servituten in der Art berührt werden, daß, wie wir schon oben (§ 11) auszuführen Gelegenheit hatten, sowohl Personal- als Realservituten an einem Grundstück zugleich das Recht verleihen können, die diesen zustehenden Realservituten so weit auszuüben, als dadurch die fragliche Befugniß ermöglicht oder vortheilhafter oder angenehmer wird. In diesem Falle bleiben sie mit der herrschenden Sache, oder genauer genommen mit den Eigenschaften derselben, deren Benutzung sie erleichtern sollten, und um derentwillen sie daher bestellt wurden, nach wie vor verbunden, und die Lehre von der Unveräußerlichkeit der Servitut kann daher solche gleichsam indirecte Servitut an der Servitut nicht verhindern.

§. 27.

Uebertragbarkeit des Ususfructs und der ihm nachgebildeten Personalservituten.

Eine Klasse von Servituten, deren Repräsentant und Vorbild der Usufruct ist, ertheilt die Befugniß, entweder alle Früchte und Nutzungen einer Sache zu ziehen, so daß also die einzige Grenze derselben in dem Productionsvermögen der belasteten Sache liegt, oder doch wenigstens eine bestimmte Art oder einen bestimmten Theil derselben zu gewinnen, welcher nach einem ein für alle Mal festgesetzten äußern Maaßstab zu bemessen ist. Immer liegt daher das, was den Umfang der Befugniß bestimmt, außerhalb der Person des Servitutberechtigten, und deßhalb kann dieser Umfang dadurch allein nicht verändert werden, daß ein Wechsel in der Person des Berechtigten vor sich geht. Hieraus folgt, daß es dem Eigenthümer der belasteten Sache in dieser Beziehung gleichgültig sein muß, wer die Servitut übt, indem ihm der ganze Ertrag oder das bestimmte Maaß stets in gleicher Weise entzogen wird. Ferner nehmen aber auch die einzelnen Ausübungshandlungen dadurch für ihn keinen andern Charakter an, daß sie nicht von dem ursprünglich Berechtigten, sondern von einem dritten vorgenommen werden, indem hier nur ihr ökonomischer Werth für ihn in Betracht kommt, und dieser, wie gesagt, immer derselbe bleibt, mag die Ausübung geschehen, von wem sie will. Denn bei dem Usufruct, welcher sich auf die ganze Nutzung einer Sache erstreckt, hört für die Dauer des Usufructs fast jeder

Zusammenhang der Sache mit ihrem Eigenthümer auf, und tritt sie fast nur in Beziehungen zu dem Usufructuar, so daß also eine fortwährende Collision und Reibung beider Berechtigten nicht wie bei andern Servituten stattfindet, weßhalb denn auch auf die Persönlichkeit des Usufructuars für den Eigenthümer weniger ankommt, und er nicht verhindern kann, daß der Berechtigte andere ganz oder theil= und zeitweise mit der Benutzung beauftragt. Bei den dem Usufruct nachgebildeten Personalservituten, die nicht die ganze Nutzung, sondern nur einzelne Befugnisse umfassen, haben aber die Constituenten dadurch, daß sie dieselben dem Usufruct und nicht dem Usus ähnlich machten, anerkannt, daß nicht durch die Persönlichkeit des ersten Erwerbers der Charakter derselben bestimmt werden solle, sondern sie, ohne daß sie dadurch eine andere werde, auch von dritten ausgeübt werden dürfe.

Nur in einer Beziehung wirkt die Individualität des Berechtigten auf den Inhalt dieser Servituten ein, nämlich hinsichtlich der Dauer derselben, die ja immer von der Lebensdauer jenes abhängt, und daher kann denn auch der Ususfruct allgemeinen Rechtsprincipien gemäß niemals allein durch den Willen des jetzigen Innehabers so auf einen andern übertragen werden, daß sich die Dauer nun auch nach der Lebensdauer des neuen Erwerbers richten soll, sondern für diese bleibt das durch den ursprünglich Berechtigten gegebene Maaß unverändert bestehen. Daß aber die Ausübung bis zu dem Momente, wo die Servitut aus Gründen in der Person des ersten Erwerbers oder wegen Ablauf der ihm bestimmten Zeit u. s. w. erlöscht, auf einen andern übertragen wird, hat, wie gesagt, keinerlei im Wesen dieser Servituten beruhende Gründe gegen sich.

Wenn sich nun aber auch schon das römische Recht dieser Uebertragbarkeit bewußt geworden wäre, so frägt sich doch noch, ob ihm auch eine geeignete Form zu Gebote stand, um eine solche Uebertragbarkeit einer Servitut auf einen seither Unberechtigten vorzunehmen, und das müssen wir für das ältere Recht durchaus leugnen. Denn durch Verträge konnten selbst bei Anwendung solenner Formen nach einem durch die ganze ältere römische Rechtsauffassung gehenden Princip nur persönliche Ansprüche entstehen, also würde durch Anwendung derselben bei Uebertragung einer Servitut nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den seitherigen Innehaber des

Inhalts entstanden sein, daß derselbe die Ausübung der Servitut Seitens des andern Pasciscenten zu dulden habe, nicht aber konnte dieser ein selbständiges dingliches Recht an der Servitutbefugniß geltend machen, das er jedem und namentlich dem Eigenthümer der dienenden Sache gegenüber verfechten konnte.

Von den für die Uebertragung dinglicher Rechte überhaupt angewandten Formen waren aber die letztwilligen Dispositionen meistens um deswillen unanwendbar, weil über einen eigenen Ususfruct des Testators nie inter mortuos verfügt werden konnte, da er ja mit dem Tode erlosch; wohl aber hätte durch ein Legat per damnationem und später durch fideicommissarische Auflagen dem Erben die Herausgabe seines Ususfructs an dritte oder Erwerbung fremder Ususfructe zum Zwecke dieser Herausgabe auferlegt werden können. Allein ein solches Legat setzte voraus, daß eine derartige Uebertragung des Ususfructs schon möglich war, und sich daher schon anderwärts eine dazu geeignete Form gebildet hatte, — selbst vermochte das Testaments-Recht keine solche zu schaffen. Seine einzige Wirksamkeit konnte hier nur auf Erzeugung einer Obligation für den Erben gerichtet sein; diese ausführbar zu machen, lag außerhalb seines Bereichs.

Weitere Uebertragungsarten, die in Frage kommen könnten, sind, da die Mancipation ja wegen ihrer Beschränkung auf res mancipi ebenfalls unanwendbar war, nur noch die in *iure cessio* und die Tradition. Davon ist die letztere, die ohnehin eine nur untergeordnete Stellung im alten Rechtssystem hatte, in ihrer ursprünglichen Form nur zur Eigenthumsübertragung geeignet, indem sie durch den Akt des Hingebens der Sache von dem seitherigen Innehaber an den neuen Erwerber symbolisch den Uebergang der totalen Herrschaft darstellt, so daß der seitherige Eigenthümer nichts mehr von derselben behält. Es ist bei ihr, die nur durch Handlungen, nicht durch Aussprechen von solennen Worten bewirkt wird, keine Möglichkeit gelassen, um zu zeigen, daß doch die Herrschaft über die Sache in der Hauptrichtung bei dem Tradenten zurückbleiben soll, und darum konnte eine Servitut durch Tradition nicht entstehen, und ebenso auch eine bereits enstandene nicht weiter tradirt werden, und zwar um so weniger, da sie als res incorporalis durch einen mit der körperlichen Sache vorgenommenen Akt nicht berührt werden

kann. Erst die spätere Zeit wendete die specifischen Wirkungen der Tradition, die zum Zwecke der Eigenthumsübertragung geschieht, auch auf Servituten an, aber nicht, indem sie die Tradition derselben für möglich erklärt hätte, sondern indem sie ein analoges Institut, die Quasitradition, d. i. Gestattung der Ausübung durch den Erwerber Seitens des dazu Berechtigten schuf.

So war also nur noch die in *iure cessio*, welche ja auch, von der Retention bei der Mancipation abgesehen, die einzige Form war, durch welche Personalservituten unter Lebenden enstehen konnten, zur Uebertragung bestehender Servituten allein von den Instituten möglicher Weise brauchbar, die das ältere Recht für die Uebertragung dinglicher Rechte kannte. Doch auch ihr standen unübersteigliche Gründe entgegen.

Der in iure cessio lag bekanntlich die Idee eines fingirten Processes über die zu cedirende Sache zu Grunde. Hätte ein constituirter Usufruct durch dieselbe übertragen werden sollen, so hätte der, welcher ihn erwerben wollte, vor dem Richter auftreten und ihn als seinen vindiciren müssen; der seitherige Berechtigte würde das haben geschehen lassen oder hätte ausdrücklich erklärt, ihm stände das Recht nicht zu, und der Richter würde dann ausgesprochen haben, der Erwerber sei der Usufructuar. Dadurch würde nun aber ein ganz anderes Verhältniß herbeigeführt sein, als das beabsichtigte. Denn wenn der Erwerber fortan selbst Usufructuar war, so mußte auch der Usufruct nicht mehr aus Gründen, die in der Person des ursprünglich Berechtigten eintraten, erlöschen, sondern nur aus solchen, die den Erwerber trafen, und das war schon gegen den Fundamentalsatz der Lehre von der Uebertragung von Rechten: nemo alii plus concedere potest, quam ipse habet. Man könnte nun freilich einwenden, daß, da dem Usufruct ein Endtermin bei der Bestellung durch in iure cessio beigefügt werden konnte (s. oben § 22), so hätte ja auch die Uebertragung etwa in der Art geschehen können, daß der Erwerber die Servitut bis zum Todestage oder bis zum Eintritt einer Capitis Deminution des Cedenten vindicirte. Allein einmal wäre dadurch doch immer noch nicht ein solches Verhältniß entstanden, wie es die wirkliche Uebertragung der Servitut herbeiführen mußte, indem sie hier, wenn sie auch in Folge jener Klausel mit dem Tode des ursprünglich Berechtigten erlosch, doch auch schon

bei Lebzeiten desselben aus der Person des Erwerbers als jetzigen Usufructuars erlöschen konnte und nie auf seine Erben überging; sodann war aber die Zufügung jener Beschränkung nicht die rechtlich mögliche Zufügung eines dies, sondern die bei der in iure cessio unstatthafte Zufügung zweier alternativer Resolutivbedingungen. Denn da es immer ungewiß war, ob die Personalservitut durch Todesfall, oder ob sie durch Capitis Deminution erlosch, so war, wenn es auch gewiß war, daß eine der beiden Endigungsarten eintreten würde, doch ungewiß, welche von beiden das thuen würde, und jede hatte daher den Charakter einer Bedingung, die bei der in iure cessio ebenso wenig zugelassen wurde, wie je ein richterliches Urtheil unter einer Bedingung gegeben werden konnte. Demnach durfte die in iure cessio eines constituirten Usufructs in keiner Weise benutzt werden, um einem dritten ein dingliches Recht auf denselben zu übertragen.

Es ließe sich nun freilich auch denken, es hätte ja in der Weise die in iure cessio vor sich gehen können, daß der Prätor dem Vindicanten nicht schlechtweg den Usufruct zuerkannte, sondern nur den Usufruct des seitherigen Berechtigten, so daß also die obigen Einwendungen vermieden wären. Ein solche Cession hätte aber dem ganzen Wesen dieses Instituts widersprochen. Es gilt allerdings auch von ihr, wie von der wahren res iudicata, der Satz: ius facit inter partes, und sie konnte selbst da als Uebertragungsform angewandt werden, wo sonst gar keine Uebertragung eines Rechts möglich war, wie z. B. bei der Vormundschaft, die sie also erst zu einem veräußerlichen Rechte machte. Aber das Recht, welches sie übertrug, mußte ein schon sonst im Rechte anerkanntes sein, es mußte ein wirklicher Proceß darüber möglich sein, damit ein fingirter angestellt werden konnte, und so ist sie denn, wenn auch mitunter die einzige U e b e r t r a g u n g s f o r m, doch nirgends im Rechte die einzige E n t s t e h u n g s f o r m eines Instituts gewesen, sondern immer erst die secundäre Form, welche man statt der ursprünglichen benutzte. So entstanden Personalservituten gewiß zuerst durch testamentarische Verfügungen, und als sie dadurch zur Anerkennung gelangt waren, ließ man eine in iure cessio derselben zu, und von da an konnten sie auch unter Lebenden entstehen. Die ältesten Realservituten wurden durch Mancipation errichtet, dann auch durch in iure cessio, und nur

wurden auch solche ähnliche Bildungen durch Anwendung derselben geschaffen, die durch Mancipation nicht mehr entstehen konnten. Ein derartiges Recht auf einen fremden Ususfruct, wie wir es eben hinstellten, kannte nun aber das ganze übrige Recht noch nicht, und konnte es nach den obigen Ausführungen damals auch noch auf keine andere Weise entstehen, was denn also zur Folge hatte, daß es auch nicht in iure cedirt werden konnte.

Demgemäß wird denn in mehreren Quellenaussprüchen die Möglichkeit der Uebertragung des Ususfructs an einen Dritten durch in iure cessio meistens bei Gelegenheit der Besprechung der durchaus zulässigen Cession an den Eigenthümer der belasteten Sache bestimmt geleugnet[a]), und zwar wird einer derartigen Cession an einen Dritten durchaus jede Wirkung abgesprochen. So sagt Gaius (II § 30):

> alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi,

und ebenso Justinians Institutionen (§ 3 de usufr. II, 4):

> item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit).

Trotzdem, daß die in iure cessio in Folge ihrer Natur als Judicat überhaupt nur den Parteien, d. h. dem Cedenten und dem Cessionar, gegenüber wirken konnte, und daher die in diesen Stellen gegebene Entscheidung allgemeinen Grundsätzen vollkommen entspricht, hat man doch nach Analogie der Regeln, welche für die Cession einer hereditas nach Antretung derselben und für die fernere Cession einer schon einmal cedirten Tutel über Frauen galten, annehmen wollen, daß eine Cession des Ususfructs, die den beabsichtigten Erfolg nicht erreiche, doch zu Gunsten des Eigenthümers der belasteten Sache wirke, indem sie vermöge des negativen in der in iure cessio enthaltenen Elements dem cedirenden Usufructuar seinen Ususfruct entziehe und so die Freiheit der Sache bewirke.

Wenn aber die Cession einer bereits angetretenen Erbschaft nur die ererbten Sachen auf den Cessionar überträgt, dagegen die For-

---

a) Wenn darum in manchen Stellen (Vat. fragm. § 45; Ulp. Fragm. 19, § 11) schlechtweg von der in iure cessio des Ususfructs gesprochen wird, so ist darunter die Constituirung eines Ususfructs durch in iure cessio zu verstehen.

derungen der Erbschaft erlöschen läßt und auf die Schulden derselben gar keinen Einfluß übt, sondern diese dem cedirenden ersten Erben nach wie vor obliegen[b]), so ist diese über die handelnden Parteien hinausgehende Wirkung der Cession daraus zu erklären, daß auch da, wo der Erbschaftsproceß nicht bloß fingirt ist, sondern ein wirklicher Streit obwaltet, das über die Erbschaft ergehende Urtheil für dritte Personen, wie namentlich für die Erbschaftsgläubiger und Schuldner, verbindliche Kraft hat[c]). Gegen den bekannten Rechtssatz „semel heres semper heres“ können die Parteien nicht so verfügen, daß Dritten daraus Nachtheil entsteht; da sie aber für ihren Vertrag die Form des Judicats in Erbschaftsprocessen wählten, das vermöge seiner eigenthümlichen Natur auch Dritten gegenüber Wirkung zu äußern vermag, so tritt der Wille der Parteien überall in Kraft, wo nicht dadurch den Dritten erworbene Rechte entzogen oder ihnen nicht Verpflichtungen aufgebürdet werden. Demnach kann der cedirende Erbe nicht mehr die Erbschaftsforderungen einklagen, denn es ist ja im Judicat anerkannt, daß er nicht Erbe sei; dagegen aber kann der Cessionar sie ebenfalls nicht fordern, denn vermöge jenes Satzes „semel heres semper heres“ ist er auch nicht Erbe, und es würde daher den betreffenden Schuldnern durch den einseitigen Act der die Cession vornehmenden Parteien eine ganz neue Schuld auferlegt sein. Ebenso wenig kann den Gläubigern das einmal erworbene Recht auf Befriedigung Seitens des wirklichen Erben durch die nachfolgende Cession wieder genommen werden. Wenn demnach hier die in iure cessio auch Nichtpaciscenten gegenüber Wirkung zu äußern vermag, so beruht die Erscheinung auf der eigenthümlichen Natur des Urtheils in Erbschaftssachen, und kann daher hieraus nicht etwa ein besonderes negatives Element der in iure cessio gefolgert und dieses zu weitern Deductionen für ganz andere Verhältnisse benutzt werden.

Dasselbe gilt von dem andern hierher gezogenen Falle, wo der in iure cessio eine weitergreifende Wirkung zugeschrieben wird. Nach Ulp. Fragm. tit. 11 § 7 kann der gesetzliche Tutor einer Frau die Tutel einem dritten, dem tutor cessicius, in iure cediren; wenn

b) Ulp. Fragm. tit. 19 § 14.

c) L. 17 § 1 de inoff. test. 5, 2; l. 50 § 1 de leg. I. 30; l. 14 de appell. 49, 1.

dieser aber die Tutel weiter cediren will, fällt sie an den tutor legitimus zurück. Das Cessionsverfahren beruht wieder auf einer fingirten Klage auf Anerkennung in der Tutel; wenn man hier nun auch ganz die Formen eines Privatprocesses einhielt, so war doch wieder das darauf ergehende Urtheil in so fern von größerer, gleichsam öffentlicher Bedeutung, als der in demselben anerkannte Tutor auch allen Dritten gegenüber, die mit der Frau in Rechtsverhältnissen standen, und dieser selbst gegenüber als der besser Berechtigte anerkannt wurde. Wenn daher bei der in iure cessio die Addiction des Prätors dem Cessionar die Tutel zusprach und dadurch dieselbe dem seitherigen, jetzt cedirenden Tutor nahm, so hatte dieser negative Theil des Judicats, der den rechtlich möglichen Satz aussprach, daß der Cedent nicht Tutor sei, allgemeine Anerkennung und Geltung; der positive Theil dagegen stritt gegen den feststehenden Rechtssatz an, daß jeder tutor cessicius sein Recht unmittelbar vom tutor legitimus ableiten müsse, und war daher ungültig. Die Frau hatte also keinen Tutor, und daher lebte das Recht des tutor legitimus von Neuem auf.

Es sind nun aber keinerlei Gründe vorhanden, um in einem Processe über eine Servitut dem Urtheil irgend welche über die Parteien hinausgehende anomale Wirkung zu verleihen, vielmehr wird durch das Erkenntniß, welches den Streit zweier Nichteigenthümer über den Usufruct endet, der Eigenthümer der belasteten Sache in keiner Weise gebunden sein, sondern dem Sieger gegenüber die Freiheit seiner Sache von einem diesen geschuldeten Usufruct verfechten können, wie der in jenem ersten Proceß unterliegende angebliche Usufructuar doch noch dem Eigenthümer gegenüber die Servitut beanspruchen kann. Demgemäß kann auch der bei der fingirten Vindication des Usufructs Unterliegende, der in iure cedirende Usufructuar, immer noch sein Recht dem Eigenthümer der belasteten Sache gegenüber geltend machen, und kann also eine solche unstatthafte Cession eines Usufructs an einen Dritten, wie das in den oben citirten Stellen von Gaius und Justinian anerkannt ist, in keiner Beziehung Wirkungen äußern. Gleichwohl aber scheint Pomponius eine entgegengesetzte Meinung auszusprechen, und das hat Veranlassung zur Aufstellung der eben besprochenen Ansicht von

der negativen Wirkung einer solchen Cession gegeben. In l. 66 de iure dot. 23, 3 sagt er:

> diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.

Man hat mannigfache Versuche gemacht, das Anomale dieser Auffassung des Pomponius zu erklären[d]); das Richtigste möchte aber sein, wie schon oft, zuerst von *Janus a Costa* (ad § 3. J de usufr.) und zuletzt von Huschke (Studien S. 240 Not. 7) ausgeführt ist, daß Pomponius gar keine abweichende Meinung aufstellt, sondern von der Frage handelt, ob durch Cession an einen dritten der sonst zu erwartende Heimfall des Usufructs verhindert und auf diese Weise z. B. die nachtheiligen Folgen einer Capitis Deminution vermieden werden können. Das leugnet der Jurist und sagt, auf den Cessionar gehe in Folge der Cession nichts über, sondern der Ususfruct verbinde sich mit dem Eigenthum, d. h. sobald er nach allgemeinen Regeln in der Person des jetzigen Usufructuars erloschen sein wird.

Um zu unserer Hauptfrage zurückzukehren, so werden wir, nachdem wir die einzelnen in älterer Zeit zur Uebertragung dinglicher Rechte bestimmten Formen nach dieser Seite hin geprüft haben, zu dem Resultate gelangt sein, daß damals der Ususfruct und die ihm nachgebildeten Personalservituten, wenn auch in ihrer Natur kein Hinderniß lag, doch deßhalb nicht auf andere übertragen werden konnten, weil das Recht keine passende Form für eine solche Uebertragung darbot; das Bedürfniß war auch nicht dringend genug um hierfür eine eigene Form zu schaffen.

Da aber der Usufructuar unzweifelhaft mit der Ausübung des Ususfructs andere beauftragen kann, und namentlich auch den aus demselben gezogenen Ertrag nicht unmittelbar zur Befriedigung seines Bedürfnisses zu verwenden braucht, sondern ihn z. B. auch jenem, der ihn in seinem Auftrage percipirt hat, überlassen kann, so wird man jeder Zeit durch Verträge mit dem Usufructuar diesem die Ob-

---

d) Der bedeutendste möchte der von Pugge sein, im Rhein. Museum Jahrg I. 1. und 2. Heft S. 145—157.

ligation haben auferlegen können, daß er die Benutzung seines Usus-fructs gestatte und sie in keiner Weise störe. Auch kann man, wenn der Berechtigte die ihm zustehenden Klagen cedirt, in dessen Namen die dinglichen Klagen gegen jeden, der den fraglichen Ususfruct beeinträchtigt, anstellen. Allein ein solches Verhältniß ist weit von dem unterschieden, wo das dingliche Recht selbst auf den Dritten übertragen ist. Denn in dem letztern Falle kann man mit der dinglichen Klage selbst dem früheren Berechtigten entgegen treten, im ersteren nur mit der persönlichen, und das hat namentlich beim Concurs desselben gar wichtige Folgen, wo der Erwerber in jenem Falle als Vindicant, in diesem nur, je nachdem er Privilegien hat, in einer der Klassen der Gläubiger auftreten kann. Auch hinsichtlich der Frage, welche Wirkung ein Verzicht des Erwerbers auf den Bestand des Ususfructs ausübt, ist ein Unterschied zwischen den beiden Fällen vorhanden, indem, wenn eine Uebertragung des dinglichen Rechts selber stattgefunden hat, der Erwerber so gänzlich über dasselbe verfügen kann, daß er es auch durch Verzicht aufzuheben vermag, während er im andern Falle nur auf seinen persönlichen Anspruch verzichten kann, wodurch das dingliche Recht nicht berührt und dem ursprünglich Berechtigten nicht entzogen wird. Diesem wird es dagegen in solchem Falle immer zustehen, zum Nachtheil dessen, dem er die Ausübung zugesagt hat, den Ususfruct durch Verzicht oder Cession an dem Eigenthümer gänzlich aufzuheben, und wenn jener auch auf Grund des Geschäfts, durch welches ihm die Ausübung übertragen ist, häufig auf Entschädigung wird klagen können, so hängt die Wirksamkeit dieses Entschädigungsanspruches von der Solvenz des Verklagten u. s. w. ab, während wenn der Erwerber ein dingliches Recht hat, ihm dieses durch keine Handlung eines dritten entzogen werden kann.

Ob nun das spätere römische Recht dabei stehen geblieben ist, daß nur ein persönlicher Anspruch auf Ausübung eines fremden Ususfructs von dem Usufructuar verliehen werden kann, oder ob die Uebertragung des dinglichen Rechts zugelassen worden ist, das ist eine um so schwieriger zu beantwortende Frage, als keine der Stellen, welche von der Veräußerung des Ususfructs handeln, sich entschieden und ausdrücklich hierüber erklärt, ja es fast den Anschein hat, als ob die klassische Jurisprudenz kaum zum Bewußtsein des vorhandenen

Rechtszustandes hinsichtlich dieser Lehre gelangt ist und darum auch das Recht, wenigstens soweit es uns in unsern Quellen entgegentritt, keinen festen Abschluß und keine Durchbildung erhalten hat.

Um nämlich die Erscheinung, welche am meisten und am unzweifelhaftesten dafür spricht, daß auf den Usufruct ein dingliches Recht durch einen Dritten erworben werden kann, an die Spitze zu stellen, so sagt die l. 11 § 2 de pign. 20, 1:

> *Marcianus* libro singulari ad formulam hypothecariam. — Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum Praetor tuebitur, *si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit;* nam et quum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio.

Es wird also hier von dem Schutz eines Pfandrechts geredet, das der Usufructuar an seinem Usufruct constituirt, und zwar stellt der Jurist Faustpfand und Hypothek des Usufructs darin gleich. Derselbe Marcian erwähnt noch in einer andern Stelle die Verpfändung eines Usufructs Seitens des Usufructuars, nämlich in l. 8 pr. quibus mod. pignus 20, 6:

> Sicut re corporali extincta, ita et usufructo extincto *pignus hypothecave* perit.

Denn da bei der Verpfändung eines Usufructs Seitens des Eigenthümers, so lange das Pfandrecht existirt, noch gar kein Usufruct stattfindet, sondern dieser erst constituirt wird, wenn das Pfandrecht realisirt wird und damit erlöscht[e]), so kann für diesen Fall der Satz nicht gelten, daß das Pfandrecht untergeht, wenn der Usufruct erlöscht, und die Hypothek und das Faustpfand, von denen Marcian spricht, müssen daher an einem schon constituirten Usufruct bestehen. Endlich erwähnt auch Gaius in l. 15 pr. de pign. 20, 1 eine von einem Usufructuar bestellte Hypothek an den Usufruct.

---

e) Siehe unten in der Lehre von der Entstehung des Usufructs.

Könnte nun der Usufructuar auch im spätern römischen Recht wirklich nur ein persönliches Förderungsrecht auf Ausübung der Servitut bestellen, so würde er durch solche Verpfändung auch nur diesen persönlichen Anspruch gegen sich selbst verpfänden, d. h. mit andern Worten, die Verpfändung wäre ein bloßes Spiel, durch welches der Gläubiger nichts anders erhielte, als was er schon hat, nämlich ein persönliches Recht an den Schuldner, dagegen aber keinen Anspruch auf ausschließliche Befriedigung aus dem Erlöse der verpfändeten Sache, sondern als Innehaber einer Forderung würde er im Concurs nur mit den übrigen Gläubigern rangiren und auf dieselben Befriedigungsmittel angewiesen sein, wie diese f).

Gleichwohl aber sprechen drei Juristen, Marcian, Papinian und Gaius von einem Pfandrechte an einem schon constituirten Usufruct, nicht wie von einem Gebilde juristischer Spitzfindigkeit, zu dem sie gelangten, indem sie die beiden Institute des Pfandrechts und des Usufructs zu einem Product ohne Rücksicht auf dessen practische Brauchbarkeit zu combiniren suchten, sondern als von einem wirklich im Leben angewandten Verhältniß, für das sogar ausdrücklich der Schutz des Prätors zu beanspruchen sei. Von wahrem Nutzen konnte das Pfandrecht aber niemals sein, wenn es nur in einem persönlichen Rechte an den Verpfänder selbst bestand, und da es vorkommt, so mußte es auch von Nutzen sein und also an dem dinglichen Rechte bestehen.

Man hat dagegen wohl behauptet, das Pfandrecht werde in solchem Falle nicht an dem Usufruct, sondern an den Früchten, welche erst aus demselben gezogen werden sollen, bestellt; allein wenn ein solches Pfandrecht auch durchaus vom Usufructuar verliehen werden kann, indem ja die künftigen Früchte nach ihrer Perception zu seinem Vermögen gehören werden, so spricht doch dagegen die Annahme, daß in den Fällen der l. 11 und l. 8 Marcian

---

f) Es ist im höchsten Grade auffallend, daß fast kein einziger Schriftsteller und namentlich auch keiner der neuern, die so ausführlich über die Verpfändung der Servituten gehandelt haben, diese Frage scharf ins Auge faßt, und die Consequenzen der herrschenden Lehre über die Veräußerung des Usufructs beleuchtet. Fast durchgängig begnügt man sich damit zu sagen, der Usufruct könne nicht dem Rechte, sondern nur der Ausübung nach verpfändet werden.



ein solches im Sinne gehabt habe, die gebrauchte Ausdrucksweise, wonach pignus und hypotheca am Usufruct selbst bestehen soll. Sodann sagt Gaius in l. 15 pr. de pignor. 20, 1:

> Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pedentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive *dominus fundi* convenerit aut *de usufructu*, aut *de his, quae nascuntur*, sive is, *qui usumfructum habet*, sicut Julianus scribit.

Während er hier die Zulässigkeit eines solchen Pfandrechts an den Früchten zugesteht, sagt er weiter, daß dieses auch da eintrete, wo der Usufruct vom Eigenthümer oder dem Usufructuar verpfändet ist. Er stellt dabei am Schlusse vier Fälle auf, nämlich:

1) der Eigenthümer verpfändet { a) den Usufruct, b) die künftigen Früchte,

2) der Usufructuar verpfändet { a) den Usufruct, b) die künftigen Früchte,

und unterscheidet also ausdrücklich zwischen Verpfändung der Früchte und Verpfändung des Usufructs ebenso für den Usufructuar als für den Eigenthümer; ein solcher Unterschied kann aber nur stattfinden, wenn das Pfandrecht das dingliche Recht selbst zu ergreifen vermag. Endlich aber würde ein solches Pfandrecht an den Früchten niemals den Gläubiger ermächtigen, die Detention der ganzen körperlichen Sache, aus welcher die Früchte gezogen werden sollen, in Anspruch zu nehmen, und wie dies niemand behaupten wird, wenn der Eigenthümer eines Guts z. B. die Ernte des folgenden Jahrs verpfändet hat, so wird es auch nicht zugestanden werden können, wenn der Usufructuar die Früchte verfändet hat. Dennoch verspricht die l. 11 dem Pfandgläubiger Schutz in der Ausübung des Usufructs. Nun könnte freilich zu einer Verpfändung der Früchte durch einen hinzutretenden Vertrag dem Gläubiger die Befugniß ertheilt werden, die Früchte selbst zu ziehen, d. h. den Usufruct auszuüben; allein von einem solchen Fall kann die l. 11 nicht reden, indem dort dem Pfandgläubiger ganz allgemein und eben als Pfandgläubiger die Befugniß zum uti frui zugesprochen wird. Demnach wird die Ansicht, daß bei Verpfändung des Usufructs stets nur ein Pfandrecht an den Früchten bestellt wird, unhaltbar sein.

Weiter habe ich die Meinung äußern hören, bei der Verpfändung des Usufructs werde in derselben Weise, wie bei der Verpfändung einer Forderung, die Klage verpfändet, welche aus dem Rechte hervorgehe, und der Pfandgläubiger habe daher die aus dem Usufruct entspringenden Klagen geltend zu machen oder zum Zwecke der Befriedigung zu verkaufen, ohne daß darum der Usufructuar aufhöre, der wirkliche Innehaber der Servitut zu sein, wie auch bei der Verpfändung der Forderung der Verpfänder nicht aufhöre, Gläubiger zu sein. Allein die beiden hier zusammengestellten Verhältnisse sind doch in Wirklichkeit ganz verschieden. Jeder Forderung entspricht nur eine einzige Klage, zu welcher der Keim gleich bei Entstehung der Forderung gelegt war, und die zugleich das wichtigste und unfehlbarste Mittel ist, um das Forderungsrecht zu realisiren. Wird daher mit dem Act der Verpfändung dem Gläubiger und Pfandschuldner das Klagrecht genommen, und auf den Pfandgläubiger oder später auf den Pfandkäufer übertragen, und weiter dem Schuldner untersagt, die verpfändete Schuld an den Verpfänder zu tilgen, so hat das für den Pfandgläubiger denselben Werth, als ob er die verpfändete Forderung so veräußern könne, daß ein neuer Gläubiger in dieselbe eintrete. Da er das Klagrecht beanspruchen kann, bedarf er des Forderungsrechtes nicht. — Ganz anders verhält es sich aber mit dem Usufruct. Keineswegs ensteht sogleich mit ihm ein Klagrecht, sondern es muß erst noch eine Verletzung desselben hinzukommen; da solche von verschiedenen Seiten und in verschiedener Weise erfolgen kann, sind mit ihm möglicher Weise auch unzählige Klagrechte verbunden, und jeder Augenblick kann neue schaffen, weßhalb denn schon, bestände die Verpfändung des Usufructs in der Verpfändung der daraus fließenden Klagen, in dieselbe ganz anders, wie bei der Verpfändung einer Forderung, nicht nur die schon damals existirenden Klagen, sondern, da solche ja möglicher Weise noch gar nicht vorhanden sein konnten, alle, die noch entstehen werden, eingeschlossen sein müssen. Sodann aber ist das Klagerecht auch gar nicht die nächste und wichtigste Folge des Usufructs, vielmehr besteht diese in der unmittelbaren Ausübung, und hätte daher der Pfandgläubiger nur einen Anspruch auf die Klagen, so fehlte ihm, falls kein Grund zur Anstellung von Klagen wegen Verletzung des Usufructs vorhanden ist, jedes Mittel, um sein Pfandrecht zu realisiren. Wäre der Verpfänder selbst noch

im Quasibesitz des Usufructs, so könnte seine persönliche Klage gegen diesen helfen, aber auch nur, wie oben gesagt ist, wenn letzterer nicht in Concurs gerathen ist; hat dieser aber nach der Verpfändung den Usufruct an den Eigenthümer der belasteten Sache cedirt, oder den Quasibesitz dritten übertragen, so hilft die persönliche Klage diesen gegenüber nicht, und da die jetzigen Innehaber doch nicht den Usufruct unrechtmäßig verletzt haben, als sie ihn von dem Berechtigten erhielten, so kann der Pfandgläubiger, wenn sein Recht nur auf die aus dem Usufruct fließenden Klagen gerichtet wäre, gegen sie keine Klage erheben, und sein Pfandrecht wäre in dem regelmäßigsten Falle nutzloß. Nun wird man freilich entgegenhalten, der Usufructuar dürfe nach der Verpfändung nicht mehr die Ausübung des Usufructs an andere übertragen, und jede Uebertragung sei daher nichtig, und das Innehaben des Usufructs Seitens eines Dritten darum als ungerechtfertigte Verletzung desselben zu behandeln, die eine Klage erzeuge, und damit gesteht man uns denn auch schon eine wichtige Consequenz der behaupteten Verpfändung des dinglichen Rechts zu; allein wenn man unsere Auffassung nicht theilt, wird man für diese Beschränkung vergebens nach Analogien suchen. Denn dem Verpfänder einer Forderung wird noch immer die Befugniß zustehen, diese Forderung an andere zu cediren, wie der Verpfänder einer körperlichen Sache dieselbe noch immer verkaufen kann. Sodann aber bleibt auch immer noch mein Hauptgrund bestehen, daß der Pfandgläubiger dem Usufructuar selbst und seiner Masse gegenüber keine dingliche Klage hat, und demnach ein solches Pfandrecht in der wichtigsten Beziehung, mit Rücksicht auf welches es hauptsächlich, ja fast ausschließlich bestellt wird, schutzlos wäre.

Man könnte allenfalls noch einwenden, es sei bei Verpfändung des Usufructs die quasi possessio, die Ausübung, verpfändet, so daß der Pfandgläubiger die Detention der belasteten Sache erhalte und darin geschützt werden solle. Allein beide Stellen Marcians sprechen ausdrücklich vom Faustpfand und der Hypothek, und die des Gaius sogar nur von der letztern; diese setzt aber denn doch immer voraus, daß sie nicht mit Besitzübertragung verbunden und ferner auch, daß sie mit einer hypothecaria actio geschützt ist. Wie diese beschaffen ist, wird wieder nicht angegeben; allein auf keinen Fall geht sie nur auf den Besitz, da eine dingliche Klage, welche nicht

das Recht, sondern nur den Besitz desselben impetriren soll, ein juristisches Unding ist. Nur ein dingliches Recht wird mit einer dinglichen Klage geschützt, und deßhalb muß diese hier die Klage auf die Servitut sein, d. h. die vindicatio servitutis hypothecaria.

Nun ist es freilich auffallend, daß die l. 11 nicht auch diese dem Pfandgläubiger gegen den Eigenthümer der belasteten Sache zuspricht, und nur von einer Einrede handelt. Ich möchte das so erklären: Marcian sucht für seine Ansicht von der Zulässigkeit derartiger Verpfändungen, wofür er Papinians Auctorität anführt, Anknüpfungspunkte im anerkannten Rechte. Er findet da nun aber keine andern, als daß der Prätor dem Käufer eines Ususfructs Schutz in der Ausübung gegen den Eigenthümer der dienenden Sache durch eine Exception versprochen hatte, und ohne zu berücksichtigen, daß dieser Käufer seither nur einen obligatorischen Anspruch dem zunächst Berechtigten und nur aus dessen Person ein dingliches Recht dem Eigenthümer gegenüber hatte, wendet er diese Exception analog auf den Pfandgläubiger an. Daß dieser, sobald sein Pfandrecht anerkannt wurde, auch noch andere Schutzmittel nothwendig haben mußte, verschweigt er, da das zu seinem Zwecke unnöthig war.

Wenn nun das Pfandrecht an dem dinglichen Rechte selbst bestellt wird, so hat damit auch der Pfandgläubiger das Recht, sich aus der Veräußerung dieses Pfandobjects bezahlt zu machen, und der Käufer muß es dann in derselben Weise erwerben, wie es seither bei dem verpfändenden Usufructuar war. Da es ferner gegen das Wesen dinglicher Rechte ist, daß es gleichzeitig in derselben Weise und demselben Umfang mehreren ungetheilt zusteht, so muß der Ususfruct dem seitherigen Innehaber verloren gehen, wenn gleich es noch immer in Folge der Abhängigkeit, in welcher er von den Schicksalen der Person der früher Berechtigten steht, heißen kann: ad eum ususfructus pertinet[g]).

g) Die Formel der actio hypothecaria lautete demnach für einen solchen Fall, wenn wir sie analog der Fassung construiren, welche sie für den Fall der Verpfändung einer körperlichen Sache wahrscheinlich hatte [vgl. Rudorff, die Pfandklagen in der Zeitschrift für gesch. Rechts-W. Bd. 13 S. 226—237] ungefähr also: Octavius iudex esto. Si paret usumfructum fundi Semproniani, q. d. a., ab eo, cuius tum fuit, ob pecuniam promissam Aulo Agerio pignus datum, eamque pecuniam neque solutam neque eo no-

Es frägt sich, ob diese Uebertragbarkeit des Ususfructs, die mit Nothwendigkeit aus der Zulassung seiner Verpfändung folgt, nur auf diesen einen Fall beschränkt geblieben ist, oder ob jetzt auch durch freiwillige Uebertragung des Rechts Seitens des Usufructuars ein dingliches Recht erworben werden kann. Schon die im ganzen Pfandrecht uns entgegentretende Erscheinung, daß nur das verpfändet werden darf, was der Verpfänder auch veräußern kann, dürfte zu dem Rückschluß ermächtigen, daß, was verpfändet werden kann, auch veräußert werden darf, und es ist nicht abzusehen, wie der Pfandgläubiger, der beim Pfandverkauf als Stellvertreter des Usufructuars handelt, und seine Befugnisse nur aus dieser Stellvertretung herleitet, mehr Rechte übertragen soll, wie der Vertretene selbständig zu constituiren im Stande ist. Wir kommen demnach zu dem Resultate, daß das Recht spätestens mit dem Moment, wo es den Ususfruct Gegenstand einer Hypothek sein ließ, auch indirect die Uebertragbarkeit des Rechts selbst anerkannt hat, und zwar wurden die Schwierigkeiten, welche in dem Mangel einer zur Uebertragung geeigneten Form lagen, dadurch gehoben, daß man die Verträge und zwar zunächst den Kauf, die man seither zur Entstehung des persönlichen Forderungsrechts auf Ausübung der Servitut benutzt hatte, nun zur Uebertragung des dinglichen Rechts selbst anwandte[h]).

Wenn wir hiermit die Aussprüche der Quellen zusammenhalten, so haben wir zuerst alle die Stellen, als gar nicht hierher gehörig, auszuscheiden, welche von einer Verpachtung des Ususfructs reden[i]), indem da in Gemäßheit des Wesens dieses Geschäfts und ganz analog, wie bei der Verpachtung der körperlichen Sache, das ding-

mine satisfactum esse, neque per Aulum Agerium stare, quominus solvatur, satisve fiat, nisi arbitratu tuo Numerius Negidius Aulo Agerio usumfructum restituet, quanti ea res erit, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, s. n. p. a.

h) Nimmt man an, daß Servituten durch den bloßen Vertrag nicht constituirt werden können, sondern Quasitradition hinzutreten muß, um das dingliche Recht zu begründen, so muß man analog auch zur Uebertragung des Ususfructs Quasitradition fordern, die zu jenem Vertrage hinzutritt. Davon das Nähere unten.

i) L. 12 § 2, l. 38 de usufr. 7, 1; l. 29 quib. mod. ususfr. 7, 4.

liche Recht beim Verpachter zurückbleiben muß, und nur die Gestattung der Ausübung gegen einen nach Maaßgabe der Dauer derselben zu bestimmenden Miethpreis[k]) versprochen wird. Auch da, wo ein Kaufgeschäft über den Usufruct abgeschlossen ist, ist nicht immer nöthig, daß dieses stets das dingliche Recht selbst betroffen hat, sondern selbst nachdem die Uebertragbarkeit desselben anerkannt worden ist, kann doch noch immer die allein auf persönliche Gestattung beruhende Ausübungsbefugniß, ebenso wie sie es vor diesem Fortschritt des Rechts gewesen ist, Gegenstand des Geschäfts sein, und unterscheidet sich dann ein solcher Kauf dadurch von der Miethe des Usufructs, daß der Preis hier ein für alle Mal bestimmt und nicht erst von der Dauer des Usufructs abhängig gemacht ist. In diesem Falle bleibt das dingliche Recht immer noch bei dem Veräußerer zurück, und die Ausübung reviviscirt für ihn, sobald der Erwerber sie aufgiebt. So haben wir es zu erklären, wenn in den Stellen, welche von dem Untergang des Usufructs durch non usus reden, häufig gesagt wird, daß der, welcher den Usufruct verkauft habe, ihn doch noch, wenn derselbe auch gar nicht vom Käufer benutzt werde, retinire, weil er ja aus dem dafür gelößten Gelde Nutzen ziehe, und so denn doch der Usufruct nach einer Seite hin fortwährend wirksam sei. Und diese Stellen können um deswillen nicht dahin erklärt werden, daß sie die Anschauung des frühern Rechts voraussetzen, wonach durch Verkauf stets nur ein persönliches Recht auf die Ausübung übertragen wurde, weil sie zum Theil von demselben Marcian und von Gaius herrühren, welche die Verpfändung des Usufructs und damit die Uebertragbarkeit dinglichen Rechts, wie wir ausführten, anderswo zugestehen[l]).

k) L. 9 § 1 loc. cond. 19, 2.

l) L. 38-40 de usufructu:

38. *Marcianus* libro III Institutionum. — Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine eius alius, puta, qui *emit*, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Plane illud interest, quod, si *vendidero* usumfructum, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere*.

39. *Gaius* libro VII ad Edictum provinciale, — quia, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.

Es scheint sogar, da die Constituirung eines persönlichen Forderungsrechts auf Ausübung des Usufructs schlechtweg Verkauf des Usufructs genannt wird, daß dies der regelmäßigere und gewöhnlichere Fall war, ja der Verkehr hat vielleicht gar nicht von der ihm durch den Fortschritt des Rechts gebotenen Freiheit Gebrauch gemacht, sondern mag in alter unveränderter Weise die Formulare, welche bei Kaufgeschäften über bestehende Usufructe üblich waren, beibehalten und darnach die Geschäfte in herkömmlicher Weise constituirt haben. Dazu war er jedoch nur da berechtigt, wo es ganz in dem Belieben der Contrahenten stand, was sie übertragen wollten. Es giebt aber auch Fälle, wo der Usufructuar rechtlich verpflichtet war, den Usufruct so viel wie möglich in der Weise, wie er ihn hatte, also dem dinglichen Rechte nach, auf andere zu übertragen, und wir haben daher zu untersuchen, wie sich die Quellen in diesen Fällen verhalten.

Wenn ein Usufruct zur Dos bestellt war, wie das bei der häufigen und allgemeinen Anwendung desselben leicht geschehen konnte, so mußte nach dem ganzen Geiste des Dotalrechts der Mann nach Aufhebung der Ehe möglichst das restituiren, was er erhalten hatte. Da die ältere Zeit aber keine Form für die Uebertragung des dinglichen Rechts kannte, so blieb nichts übrig, als daß der Mann die

---

40) *Marcianus* libro III Institut. — Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur. Vgl. l. 12 § 2 de usufr. 7, 1. Am unzweifelhaftesten wird die im Text erwähnte Anschauung des ältern Rechts eingehalten in l. 29 pr. und § 1 quib. mod. ususfr. 7, 4, wo Ulpian sagt: Pomponius quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit, cumque fundum vendiderit Seio non deducto usufructu, an usumfructum per emtorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen *usumfructum amitti*, quia non meo nomine, sed suo fruitus est emtor. Teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse; quamquam si a me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur ususfructus; sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum *amitti*, non enim meo nomine fruitur colonus. § 1. Sed si emtum a me usumfructum proprietarius vendidisset, *an amitterem usumfructum*, quaerendum est. *Et puto amitti*, quoniam et hic non ut a me emto fruitur fundi emtor.

Ausübung des dem Rechte nach ihm verbleibenden Usufructs der Frau gestattete. Demgemäß sagt denn Pomponius, der ja auch, in der eben citirten l. 29 quibus modis usfr. beim Verkauf des Usufructs das dingliche Recht beim Usufructuar läßt, in der l. 66 de iure dotium 23, 3, nachdem er auseinandergesetzt hat, wie der Ehemann der Frau nicht den Usufruct cediren könne, Folgendes:

> Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno [m]), *ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.*

Also weiß Pomponius noch kein anderes Mittel, um die Dos zurückzuerstatten, als Gestattung der Ausübung, und selbst diese wird durch ein fast schüchternes „Quidam-putaverunt" eingeleitet, was darauf deuten mag, wie selten noch damals der Usufruct zur Dos bestellt wurde, und wie sich darum noch keine feste Ansicht über das einzuhaltende Verfahren gebildet hatte.

Marcellus, der auf jeden Fall später wie Pomponius schrieb, ja ihn in l. 16 § 1 qui test. fac. 28, 1 und in l. 29 quib. mod.

m) Der Grund, weßhalb hier, wo der Mann doch in Folge einer Rechtsverbindlichkeit restituiren muß, dafür die Form eines Kaufs oder einer Miethe gewählt wird, bei denen für die Restitution ein allerdings im Vergleich zu der Dos fast werthloser Preis (nummus unus) gegeben wird, möchte einmal sein, weil die Ueberlassung der Ausübungsbefugniß seither immer nur durch eins dieser Geschäfte oder durch Schenkung zu geschehen pflegte (l. 12 § 2 de usufr. 7, 1), man aber von der letzteren die Restitution in vorliegendem Falle scharf unterscheiden wollte, da sie ja nur in Folge einer obliegenden Verpflichtung geschah — sodann aber hauptsächlich, um der Frau eine neue und vortheilhaftere Klage zu schaffen. Zunächst stand ihr nur die actio de dote zu, um auf Restitution zu klagen, die hier in der Gestattung der Ausübung bestand, also nicht, wie da, wo körperliche Sachen zu restituiren waren, in einem einmaligen Akt, sondern in einem fortwährenden Verhältniß. Die actio de dote ging nun aber nicht auf die Erben der Frau über, und deßhalb hatten sie kein Rechtsmittel, um sich in der Ausübung des Usufructs zu erhalten, und die von der Frau erreichte Restitution der dos nützte ihnen nicht, während, wenn körperliche Sachen der Gegenstand gewesen wären, diese auf sie vererbt wären. Um ihnen daher durch Erwerbung der Kauf- und Miethklagen einen gleichen Vortheil zu gewähren, ersann man das obige Mittel. Vgl. Arndts, aphoristische Bemerk. in der Gießer Zeitschr. Neue Folge Bd. 8 S. 92 fgg.

usufr. 7, 4 und vielleicht nicht auch in der gleich zu erwähnenden Stelle commentirt zu haben scheint, geht schon einen Schritt weiter. In l. 57 soluto matrimonio 24, 3 führt er zuerst in indirecter Rede und also als fremde Meinung den Satz an:

eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, *quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius.*

Er untersucht nun zur Interpretation dieses Satzes zunächst, ob auch immer die Erben der Frau die Ausübung des zur dos gegebenen Usufructs beanspruchen könnten, und kommt zu dem Resultat, daß dies nicht der Fall sei, wenn die Frau einen ihr selbst zustehenden Usufruct an der Sache des Mannes diesem, um ihm eine Dos zu bestellen, cedirt habe. Sodann kommt er auf die Frage, wie da, wo der Ehemann nicht zugleich Eigenthümer ist, also den Usufruct nicht von Neuem für die Frau constituiren kann, die Uebertragung geschehen solle, und schlägt da vor, es müsse mit Zustimmung des Eigenthümers der Ehemann auf seinen Usufruct verzichten, und der Frau dann ein neuer constituirt werden, oder es müsse die Restitution geschehen „*cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat*[n]) *mulieri, fruique eam patiatur*", d. h. durch die Abgabe der Erklärung Seitens des Berechtigten, daß er sein Recht zu Gunsten der Frau aufgebe, und dulden werde, daß sie den Fruchtgenuß ziehe, ein Verhältniß, das, wie Marcell ausdrücklich zu erwähnen nöthig findet, rechtlich zuläßig ist (sicut potest). Hiernach verliert schon der Mann sein dingliches Recht (iure suo cedat), während es nach der l. 66 des Pomponius bei ihm zurückbleibt, und eines Verkaufs oder einer Vermiethung des Usufructs, wie jene Stelle sie fordert, bedarf es nicht mehr, um den Erben eine Klage zu schaffen, sondern diesen steht die dingliche Servitutenklage zu. Das möchte auf einen Fortschritt der Rechtsansichten und einer innerhalb der Zeit der klassischen Jurisprudenz vor sich gegangene Rechtsänderung deuten.

---

n) Daß dies „cedat" nicht auf die in iure cessio zu beziehen ist, und demnach diese hier nicht etwa für zuläßig erklärt wird, beweist schon die Construction mit dem Ablativ, während es da, wo es jenen engern Sinn hat, mit dem Accusativ construirt zu werden pflegt. Vgl. *Brissonius* et *Dirksen* s. v. cedere. Hier steht das „cedat" in der allgemeinen Bedeutung „aus seinem Rechte weichen", „es aufgeben".

Der zweite Fall, wo der Usufructuar verpflichtet ist zur möglichst vollständigen Herausgabe des Usufructs, findet da statt, wo ein Testator dem Legatar, für den er einen Usufruct constituirt hat, die Auflage macht, denselben einem dritten zu restituiren. Davon handelt die l. 29, quib. mod. usufr., deren ersten Theil wir oben besprachen, in ihrem § 2. Ulpian sagt hier:

> Idem *Pomponius* quaerit, si legatum mihi usumfructum rogatus sim tibi restituere, an per te frui videar, nec amittatur ususfructus? Et ait, dubitare se de hac quaestione; sed est verius, quod *Marcellus* notat, nihil hanc rem fideicommissario nocere, suo enim nomine utilem actionem eum habiturum.

Also kann derselbe Pomponius sich auch für diesen Fall nicht dazu entschließen, die Möglichkeit der Uebertragung des dinglichen Rechts anzunehmen. Marcellus geht wieder weiter, aber freilich, indem er hier eine ganz neue Bahn einschlägt. Da, wie es scheint, der Satz, daß der Usufruct dem dinglichen Rechte nach übertragen werden könne, damals jedoch nicht zur Stetigkeit und in dem Rechtsbewußtsein der Gesammtheit zur allgemeinen Anerkennung gelangt war, so lag es hier nahe, von einem Gesichtspunkt Gebrauch zu machen, durch den dasselbe erreicht und dem Fideicommissar ein dingliches Recht auf den Usufruct gewährt wurde, und der sich gleichwohl auf die geltenden Rechtsansichten basirte. Marcellus faßt nämlich das auf Herausgabe des Usufructs gerichtete Fideicommiß als Bestellung eines secundären Usufructs auf, und gesteht darum dem Fideicommissar eine selbständige Klage auf den für ihn selbst constituirten Usufruct zu, so daß also einmal dem Legatar der Usufruct legirt, diesem aber ein Endtermin beigefügt ist, und weiter, der Usufruct an derselben Sache einem andern durch Fideicommiß vermacht, ihm aber ein Anfangstermin beigefügt ist. Wie jeder durch Fideicommiß constituirte Usufruct erzeugte auch dieser nur eine actio utilis.

Daß dies der Sinn der Worte des Marcellus ist, dafür spricht auch die l. 4 quib. modis ususfr. 7, 4, wo Marcian sagt:

> Si legatum usumfructum legatarius alii restituere rogatus est, id agere Praetor debet, ut ex fideicommissarii persona magis, quam ex legatarii pereat ususfructus.

Denn wenn sich hier die Dauer des Usufructs nach der Person des Fideicommissars richten soll, so ist das nur möglich, wenn er selbst Usufructuar ist, und also neben dem zunächst constituirten Usufruct für den Legatar, noch ein anderer für jenen errichtet ist.

Daß aber auch die Auflage, welche der Testator beabsichtigte, fortwährend noch dahin gehen kann, nur die Ausübungsbefugniß zu übertragen, ersehen wir aus l. 9 pr. usufruct. quemadm. 7, 9, wo Ulpian, der uns die Meinung des Marcellus in der besprochenen l. 29 referirt, die Frage abhandelt, wer in einem solchem Falle dem Eigenthümer die Caution zu bestellen habe, und dabei zu folgendem Resultat kommt:

> Et est expeditius hoc dicere, si mihi spes aliqua durat ususfructus, et, quum tu amiseris, potest ad me recidere, hoc est ad legatarium, ita rem expediri, ut tu mihi, ego domino proprietatis caveam. Quodsi fideicommissarii causa ususfructus mihi relictus est, nec est ulla spes ad me revertendi fructus, recta via fideicommissarium cavere oportet domino proprietatis.

Hier unterscheidet er also den Fall, wo der Usufruct fideicommissarii causa dem Legatar hinterlassen ist, und er daher für diesen ganz aufhört, von dem, wo er ihm wieder zufallen kann. Dieses Resultat könnte freilich auch dadurch bewirkt werden, daß neben den beiden für den Legatar und für den Fideicommissar constituirten Usufructen noch ein dritter zu Gunsten des Legatars dahin bestellt ist, daß dieser beginnen soll, wenn jener zweite beendigt ist, es wird aber gewöhnlicher sein, daß in solchem Falle der Legatar nur die Ausübung dem Fideicommissar für eine bestimmte Zeit oder für die Dauer des Lebens des letztern gestatten soll. Und darauf deuten auch die Bestimmungen Ulpians über die Art und Weise der Cautionsbestellung, indem sonst doch der Fideicommissar als Innehaber eines selbständigen Usufructs auch dem Eigenthümer gegenüber eine Caution bestellen müßte, da nur er für die Zeit seines Rechts demselben wegen Beschädigungen haften würde. Dagegen aber soll er nur dem Legatar und dieser dann dem Eigenthümer caviren, so daß sich also letzterer nur an den Legatar als einzigen wirklichen Usufructuar halten kann, während der Fideicommissar nur als in persönlichen Rechtsverhältnissen mit dem Legatar stehend erscheint.

Es läßt sich nicht leugnen, daß wir nur wenig Anhaltspunkte haben, um zu beweisen, daß die spätere römische Jurisprudenz sich des Fortschritts, den das Recht durch die Zulassung eines Pfandrechts am Usufruct gemacht hatte, auch in allen seinen Consequenzen bewußt geworden sei. Allein wenn uns auch diese ganz fehlen, werden wir doch nicht umhin können, die Uebertragbarkeit des Usufructs als ein Product des spätern römischen Rechts anzuerkennen, indem sie, wie wir gezeigt zu haben hoffen, so eng mit der Verpfändbarkeit desselben zusammenhängt, daß eine einheitliche Rechtsbildung letztere ohne erstere nicht zulassen kann. Diese Einheit ist aber ein so wesentliches Erforderniß jedes Rechts, daß wir sie auch dem spätern römischen Rechte vindiciren müssen, und demgemäß auch da eine Fortbildung des Rechts annehmen dürfen, wo sich die damalige Rechtswissenschaft derselben selbst nicht bewußt geworden sein sollte.

Um das Gesammtresultat der Erörterungen dieses Paragraphs zusammenzustellen, so haben wir folgende Sätze gefunden.

1) Es ist dem Wesen des Usufructs durchaus nicht zuwider, wenn derselbe vom Usufuctuar auf einen andern übertragen wird, sobald er nur dadurch nicht die ihm durch die Individualität des zunächst Berechtigten gesetzten Zeitgrenzen überschreitet.

2) Das ältere römische Recht gestattete aber nicht, daß der Usufruct auf andere übertragen wurde, weil ihm eine dazu geeignete Form fehlte; dagegen konnten Forderungsrechte auf die Befugniß, einen fremden Usufruct auszuüben, stets gerichtet sein, und waren dieselben Gegenstand von Kauf- und Miethverträgen, Schenkungen, letztwilligen Verfügungen u. s. w.

3) Allmählig drang die Idee durch, daß auch das Recht selbst übertragen werden konnte, und wahrscheinlich zuerst dadurch, daß man ein Pfandrecht an dem Usufruct zuließ. Die Formen für die Uebertragung des dinglichen Rechts waren die seither bei der Bestellung eines Forderungsrechts auf Ausübung der Servitut angewandten Geschäfte, wie Kauf und Schenkung[o]).

o) Die Frage, wie sich bei der Veräußerung des Usufructs das durch die Caution des Usufructuars entstandene Obligationsverhältniß zwischen ihm und dem Eigenthümer der belasteten Sache gestalte, und wie weit es den neuen Erwerber binde, wird besser unten bei näherer Besprechung dieser Caution behandelt werden.

4) Auch nachdem die Uebertragbarkeit des Usnsfructs anerkannt ist, kann doch noch immer das Forderungsrecht auf Ausübung Gegenstand von Kaufgeschäften, Schenkungen oder fideicommissarischen Restitutionen sein.

Die heutige Doctrin begnügt sich fast durchgängig damit, hinsichtlich der Lehre von der Uebertragbarkeit den Satz aufzustellen, der Ususfruct könne nicht dem Rechte nach, sondern nur der Ausübung nach übertragen werden, eine Regel, die hervorgegangen ist aus den Schlußworten der l. 66 de iure dot.:

— ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat[p]).

Diese Worte haben da den guten Sinn, daß nach der ältern in dieser Stelle obwaltenden Auffassungsweise das dingliche Recht ganz und unbeschränkt beim Usufructuar zurückbleibt und der Fruchtgenuß, also die Ausübung des Usufructs, nur in Folge eines Forderungsrechts dem Erwerber zusteht. Nimmt man nun aber mit uns an, wie das doch manche thun, die jenen Satz aufstellen, daß nach dem spätern Rechte durch die Uebertragung des Ususfructs dem Erwerber ein dingliches Recht erworben werden könne, so wird jener Satz fast unverständlich, indem darnach nicht das dingliche Recht selbst, sondern ein dingliches Recht auf Ausübung eines dinglichen Rechts bei der Veräußerung eines Usufructs übertragen werden soll. (Vgl. S. 51). Vielmehr sind nach unserer Ansicht der Usufruct und die ihm nachgebildeten Personalservituten der Ausübung und auch dem Rechte nach übertragbar, und nur in so fern ist die Uebertragbarkeit beschränkt, als sie stets mit dem Tode (und früher auch der mit capitis deminutio) desjenigen endigen, mit dessen Person sie zuerst verbunden sind[q]).

Schließlich wollen wir noch erwähnen, wie die schon beiläufig berührte Theilbarkeit des Usufructs sich auch darin geltend macht,

p) Dagegen sagt z. B. schon Paulus in l. 8 § 2 de peric. et comm. 18, 6. Quum usumfructum mihi vendis, interest, utrum ius *utendi fruendi, quos solum tuum sit, vendas*, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas.

q) Zum Theil übereinstimmend mit den hier vorgetragenen Ansichten, wenn auch wenig erschöpfend, ist Dernburg in seinem Aufsatz: „Kann ein Usufruct übertragen werden“ in der Gießer Zeitschrift. Neue Folge. Bd. 2 S. 53 und fgg. 1846 und in noch geringerem Grade de *Water* observ. iur. Rom. lib. III, c. 11.

daß ein Usufruct von dem Innehaber getheilt und mehreren Berechtigten übertragen werden kann, indem es bei dem durch die belastete Sache selbst oder doch durch andere außerhalb der Person des Usufructuars liegende Umstände bedingten Umfang des Usufructs für den Eigenthümer der dienenden Sache gleichgültig ist, ob einer denselben ausübt oder mehrere, wenn ihm in beiden Fällen ganz dasselbe entzogen wird.

§. 28.

Fortsetzung. Die einzelnen Uebertragungsarten.

Es wird noch übrig sein, einzelne der Uebertragungsarten, welche beim Usufruct angewandt werden können, und die wir im vorigen Paragraphen nur mit Rücksicht auf die Frage, ob sie dingliches Recht übertragen oder nicht, ins Auge gefaßt haben, nunmehr nach ihren Erfordernissen und Wirkungen näher zu besprechen.

Was zunächst den Kauf anbetrifft, so wird derselbe im Allgemeinen wie der Kauf einer körperlichen Sache zu behandeln sein, nur könnte es zweifelhaft sein, ob er angefochten werden darf, wenn der gezahlte Kaufpreis nicht die Hälfte des wahren Werths erreicht, also wegen sogen. laesio enormis. Denn da zur Bestimmung des wahren Werths des Usufructs nicht nur der Werth der dienenden Sache, sondern auch die Dauer desselben, und damit also die Wahrscheinlichkeit der Lebenslänge des Usufructuars zu berücksichtigen ist, ferner jede derartige Wahrscheinlichkeitsrechnung im höchsten Grade schwankend ist, so könnte man folgern, daß sich ein solcher Werth im Voraus gar nicht feststellen lasse, sondern jeder Kauf ein Hoffnungskauf sei, der bald gar nichts, bald bei langer Lebensdauer des Usufructuars sehr viel eintragen könne, und bei dem daher von einer laesio enormis nicht die Rede sein dürfe. Allein einmal hängt der Erfolg mancher anderer Kaufgeschäfte, wie z. B. der, wodurch Sklaven oder Vieh erworben werden, ebenfalls von der höchst ungewissen Lebensdauer von Menschen oder Thieren ab, und diese vermögen eben so wenig irgend welchen Vortheil zu bieten, wenn das gekaufte Object sofort stirbt, während doch die Anwendung der Regeln über laesio enormis hier keinem Zweifel unterliegt[a]). Sodann aber ist

a) Dafür z. B. arg. leg. 12 § 1 de iure dot. 23, 3.

nicht das der wahre Werth des Usufructs, um welches das Vermögen durch die gezogenen Früchte bereichert wird, sondern das, um welches dasselbe durch den Usufruct selbst nach den Schätzungen des Verkehrs vergrößert wird, und während es daher allerdings ungewiß ist, wie viel Früchte er gewähren wird, so wird sich doch, wie das für alle andern Waaren in gleicher Weise der Fall ist, mit Rücksicht auf den wahrscheinlichen Vortheil, den sie gewähren, möglicher Weise für jeden einzelnen Fall eine öffentliche Meinung bilden können, welche den Werth des Usufructs auf eine bestimmte Summe fixirt, und um diese bereichert daher der Erwerb desselben jedesmal ebenso sicher das Vermögen des Erwerbers, wie der Eigenthumserwerb eines Sklaven, der auf 1000 geschätzt wird, dasselbe um 1000 vermehrt, mag er auch gleich nach dem Erwerb sterben, und der dadurch eintretende Verlust den Gewinn ganz aufheben, oder er wider Erwarten so lange leben, daß er durch seine Arbeit das Vermögen des Käufers um eine viel größere Summe vermehrt, als vorauszusehen war.

Wenn daher nun auch principiell die Regeln über laesio enormis hier Platz greifen können, so wird doch ihre Anwendung in den einzelnen Fällen dadurch mit großer Schwierigkeit verbunden sein, daß sich keine öffentliche Meinung über den Werth des einzelnen Usufructs gebildet haben wird, und eine analoge Anwendung des in andern Fällen angenommenen Werthes hier um so ungeeigneter ist, als die individuellen Umstände jedesmal anders sind, und doch von ihnen Alles abhängt. Auch bei dem Kauf eines Sklaven konnte auf dessen Lebensdauer nicht mit Sicherheit aus der eines andern geschlossen werden, aber der Verkehr hatte bestimmte äußere Kriterien aufgefunden, aus deren Vorhandensein auf die längere oder kürzere Lebensdauer geschlossen wurde, und die daher den Werth bestimmten. Solche sind aber für unsern Fall nicht vorhanden und konnten sich auch bei der verhältnißmäßig sehr seltenen Veräußerung des Usufructs nicht bilden. Dennoch aber wird in manchen Fällen eine Anwendung der Regeln über laesio enormis ohne Zweifel statthaben können, wie z. B. wenn ein Usufruct, der einem jungen von keiner Lebensgefahr bedrohten Menschen zusteht und einen jährlichen Ertrag von 1000 gewährt, für 10 oder weniger veräußert ist, da hier die Verletzung von jedem gefühlt werden wird. Eine weitere Anwendung

werden sie bei Veräußerung eines Usufructs finden, der einer Corporation zusteht, da dessen Untergang vor der von Anfang an für ihn festgesetzten Zeit so viel schwieriger und seltener sein wird.

Es könnte hierbei die Frage entstehen, in wie weit die von Ulpian aufgestellte und von Aemilius Macer in l. 68 pr. ad leg. Falcid. 35, 2 uns überlieferte Tabelle über die wahrscheinliche Lebensdauer zur Bestimmung des Werths des Usufructs zu benutzen sei. Sie ist zunächst bestimmt, um für den Fall, daß lebenslängliche Alimente legirt sind, einen Maaßstab zur Berechnung der Falcidischen Quart zu geben; dann heißt es weiter: eoque nos iure uti, Ulpianus ait, et circa computationem ususfructus faciendam, worauf dann die schon oben besprochene Regel folgt, daß der einer Corporation legirte Usufruct immer so berechnet werde, als ob er höchstens 30 Jahre dauern werde. Diese Ausdehnung auf die Berechnung des Werths des Usufructs wird zunächst nur für den Fall ausgesprochen, wo die Größe der Falcidischen Quart festgestellt werden soll, und der Grund, weßhalb hier der Werth des Usufructs nicht, wie das doch hinsichtlich aller andern Sachen geschieht, lediglich nach der im Verkehr dafür üblichen Schätzung bestimmt wird, sondern der letztern nur die Feststellung des Werths jedes einzelnen Jahres überlassen ist, wird darin zu suchen sein, daß sich im Verkehr der Regel nach keine überall anwendbaren Normen für die Schätzung des Usufructs gefunden haben, und eben deßhalb wird die obige Tabelle auch überall da anzuwenden sein, wo das Gesetz eine Werthbestimmung verlangt, für dieselbe aber gar keine andere bestimmte Anhaltspunkte vorhanden sind. So z. B. wenn jemand versprochen hat, einen bestehenden Usufruct einem andern zu übertragen und dann in Concurs geräth, wo eine Schätzung des Werths des Usufructs nöthig wird, damit eine Reduction der Forderung in Gemäßheit des für die Gläubiger dieser Klasse angenommenen Maaßstabes statt finden kann. Doch nur, wo kein anderer Anhaltspunkt für die Werthbestimmung gegeben ist, wird diese immer anomale Regel Platz greifen dürfen, und vermöge dieses ihres subsidiären Charakters kann sie auch nicht angewandt werden, um darnach die Richtigkeit der von den Contrahenten eines Kaufgeschäfts durch die Feststellung des Preises vorgenommenen Schätzung zu bemessen. Hier wird die Vermuthung viel mehr dafür streiten, daß die Parteien den wahren Werth angenommen haben,

als daß jene für die verschiedenartigsten Lebensverhältnisse und Umstände stets mit gleichmäßiger Starrheit geltenden Ansätze das richtige Verhältniß herstellen würden, und wird daher, wie wir oben anführten, der angenommene Preis nur dann als über die Hälfte zu gering gelten können, wenn das Verkehrsleben mit Berücksichtigung der individuellen Umstände solches anerkennt, und, was dafür immer ein sicherer Anhaltspunkt sein wird, wenn jeder besonnene Geschäftsmann unter den bei Abschluß des Kaufs obwaltenden Umständen das Doppelte und mehr zu geben bereit ist.

Da der Ususfruct, wie alle übrigen Vermögensstücke, einen bestimmten Werth hat und veräußert werden kann, so wird er auch bei einem Zwangsverkauf des ganzen Vermögens (venditio bonorum) mit zur Versteigerung gebracht werden müssen[b]). Ferner kann er nun von demjenigen verkauft werden, welcher volle Dispositionsbefugniß hat, und nur unter Beobachtung der für Veräußerungen vorgeschriebenen Formen. Namentlich kann der einem Pupillen zustehende Ususfruct nur nach ertheiltem obervormundschaftlichem Dekret verkauft werden[c]). Für Eviction ist allgemeinen Regeln gemäß einzustehen, doch ist der Verkäufer natürlich dann davon frei, wenn der Usufruct auf eine Weise erlöscht, die, wie der Tod oder die capitis deminutio des ursprünglich Berechtigten, in seinem Wesen nothwendig begründet ist, und der Verkäufer sich zur Verbergung des Sachverhalts keinerlei Arglist bediente[d]). Der Käufer des dinglichen Rechtes erwirbt dasselbe wie alle andern Vermögensstücke für sich und seine Erben[e]), jedoch möchten Zeitbestimmungen und Bedingungen jeder Art dem Verkauf eines Usufructs ebenso gut zugefügt werden können, wie

---

b) L. 8 pr. de rebus auctoritate iudicis 42, 5.

c) L. 3 § 5 de rebus eorum, quae sub tutela vel cura 27, 9. Man hat diese Stelle auch benutzt, um zu beweisen, daß der Usufruct dem Rechte nach übertragen werden könne. Doch möchte sie hierfür von keinem Belang sein, da man, wenn man die Veräußerlichkeit des dinglichen Rechts leugnet, den dort allgemein erwähnten Satz, daß der Vormund den Usufruct nicht veräußern darf, auf die stets möglich gewesene Cession desselben an den Eigenthümer beziehen kann.

d) Arg. leg. 9 § 1 locat. cond. 19, 2.

e) L. 8 § 2 de peric. et commod. 18, 6; arg. leg. 57 soluto matrim. 24, 3.

der Constituirung desselben, und auch, wie in diesem Falle, ipso iure wirken. So könnte denn auch ein Ususfruct bloß für Lebzeiten des Käufers veräußert werden, so daß sein Tod als Resolutivbedingung gelte. Ist nur das Forderungsrecht auf die Ausübung verkauft, so wird der Zufügung jeder Art Nebenbestimmungen unzweifelhaft der weiteste Spielraum gelassen sein. In beiden Fällen werden keine Gründe sein, welche dem Käufer eine fernere Veräußerung seines Rechts untersagen; er wird sein Forderungsrecht Andern cediren oder sein dingliches Recht auf Andere übertragen können, die es dann in gleicher Weise und immer unter dem Namen des ersten Erwerbers und nach den für diesen geltenden Regeln ausüben werden, ja auch wieder jeder Zeit veräußern können, und so fort.

Diese Sätze werden analog auf die Schenkung eines Ususfructs[f]) anzuwenden sein, die wieder entweder das dingliche Recht selbst oder das Forderungsrecht auf Ausübung umfassen kann. Letztere kann dann entweder definitiv auf immer oder für bestimmte Zeit bewilligt, oder sie kann nur bis auf Widerruf gestattet sein, wo der Erwerber dann nur precario den Ususfruct ausübt, und daher die für das precarium geltenden Regeln Platz greifen.

Ist ein Usufruct zur Dos gegeben worden, so soll untersucht werden, ob der Wille der Parteien darauf gerichtet war, daß der Usufruct selbst der Gegenstand sein soll, dessen Ertrag dem Manne Ersatz für die Lasten der Ehe zu gewähren hat, oder ob dieser Ertrag erst den eigentlichen Gegenstand der Dos bilden soll, so daß derselbe auch künftig vom Manne zu restituiren ist, und ihm nur die Zinsen desselben für immer zufallen[g]). Sein Verhältniß zu dem Usufruct während der Dauer der Ehe wird aber durch diese Frage nicht berührt, er hat in beiden Fällen dasselbe dingliche Recht an den Usufruct, oder wenn ihm nur die Ausübung übertragen ist, dasselbe Forderungsrecht dem Usufructuar gegenüber.

Ist ein Usufruct verpfändet worden, so werden, da uns außer jener Erwähnung der Hypothek und des Faustpfands am Usufruct in l. 11 § 2, l. 15 pr. de pignor. 20, 1 und in l. 8 pr. quib. mod. pignus, 20, 6 keinerlei Bestimmungen hierfür überliefert

---

f) L. 12 § 2, l. 38 de usufr. 7, 1.

g) L. 7 § 2 de iure dotium 23, 3; l. 4 de pactis dotal. 23, 4.

werden, die allgemeinen Regeln über Verpfändung analog angewendet werden müssen. Demnach hat der Pfandgläubiger niemals selbst den Usufruct, sondern nur das Recht, ihn zu veräußern, und sich aus der gelößten Summe zu befriedigen.

Für den Fall der Vermiethung des Usufruct, welche, wie schon oben erwähnt ward, nur das persönliche Forderungsrecht übertragen kann, ertheilt Ulpian in l. 9, § 1 locati cond. 19, 2 die Vorschrift, daß, wenn der Usufruct innerhalb der Miethzeit durch den Tod des Usufructuars erlösche, der Miether durchaus keinen Anspruch auf Entschädigung habe, ja selbst nicht auf Verwendungen, die er in der Hoffnung, er werde die ganze Miethzeit in der Ausübung bleiben, zu eigenem Vortheil gemacht habe, vielmehr müsse er für die Zeit, wo er den Usufruct benutzt habe, einen verhältnißmäßigen Miethzins bezahlen. Nur wenn der Usufructuar sich bei der Vermiethung als Eigenthümer ausgegeben habe, hafte er in solchen Fällen dem Miether.

Schließlich entsteht nun auch hier die Frage, ob ein Usufruct in der Weise veräußert werden kann, daß eine andere Servitut an derselben bestellt wird, die natürlich denkbarer Weise nur eine Personalservitut sein könnte. So lange das Recht überhaupt keine Veräußerung des Usufructs dem dinglichen Rechte nach kannte, wird eine derartige Frage nicht aufgeworfen sein, da durch Testament über eine bestehende Personalservitut entweder nicht verfügt, oder doch nur dahin zielende Obligationen auferlegt werden konnten, die aber voraussetzten, daß sich anderswo schon eine geeignete Form gebildet hatte, durch in iure cessio aber den obigen Ausführungen gemäß sich kein im Rechte noch nicht anerkanntes Institut Eingang verschaffen konnte. Für die Zeit, wo der Uebertragbarkeit des dinglichen Rechts Bahn gebrochen war, sind aber unsere Quellen im höchsten Grade dürftig, und so wird uns denn auch nicht gesagt, ob man nun einen Usufruct am Usufruct zuließ.

Ein solches Verhältniß läßt sich aber in der Art denken, daß der Usufructuar einzelne in seiner Servitut enthaltene Befugnisse einem andern zur selbständigen Herrschaft übergebe, damit er sie für die Dauer seines Lebens oder bis zu einem andern innerhalb desselben festgesetzten Zeitpunkt kraft eigenen dinglichen Rechtes ausübe. Wenn eine solche Servitut an einer Servitut nun aber auch keineswegs

als ein unmögliches oder unnützes Verhältniß erscheint, und wenn ferner das allgemeine Princip der Uebertragbarkeit des Usufructs auch die Servitutbestellung an demselben zu rechtfertigen scheint, so möchte doch ein erheblicher Zweifel entstehen, ob durch bloße analoge Ausdehnung ein solches dem Rechte sonst gar nicht bekanntes Institut der Servitut an einer Servitut gebildet werden könne, zumal da gerade die Herrschaft über eine Eigenschaft einer körperlichen Sache sonst das charakteristische Zeichen der Servitut ist[h]). Und der allerdings zunächst nur für Servituten an Realservituten ausgesprochene Satz „servitus servitutis esse non potest“[i]) scheint auch dagegen zu sprechen.

Allein, wenn man mit uns annimmt, daß, da der Usufruct unter Bedingungen und Zeitbestimmungen constituirt werden kann, er so auch unter denselben veräußert werden darf, so folgt daraus, daß, wie schon erwähnt wurde, das Recht des Erwerbers speciell an seine Person geknüpft werden kann, und sein Tod oder seine capitis deminutio als Resolutivbedingung des Veräußerungsgeschäftes gelten können. Wenn etwa demselben noch hinzugefügt wird, daß bei dem ursprünglichen Usufructuar der Usufruct so weit zurückbleiben soll, als er nicht von dem Erwerber geübt wird, so ist dem Effecte nach hier ein Usufruct an einem Usufruct vorhanden, und es handelt sich nur darum, ob man das nun auch so bezeichnen, oder weitläuftig als Veräußerung unter der und der Bedingung umschreiben will. Ferner wird dann auch kein Grund mehr sein, eine Veräußerung des Usufructs nicht nur nach ideellen Quoten sondern auch in der Art zuzulassen, daß nur einzelne in demselben enthaltene Befugnisse übertragen werden, und wird dann wieder das Verhältniß durch Zufügung der obigen Resolutivbedingungen den Charakter einer Servitut an einer Servitut annehmen. Die unmittelbare Herrschaft über eine einzelne Eigenschaft einer körperlichen Sache wird aber auch durch

h) Der Quasiusufruct an Forderungen u. s. w. ist gar keine Servitut, sondern nur ein dem Usufruct nachgebildetes und mit diesem gleiche Zwecke verfolgendes Forderungsrecht, das also nur seiner „Function“, nicht seiner „Structur“ wegen einen Platz unter den Servituten gefunden hat. Siehe unten.

i) L. 1 de usu et usufr. legat. 33, 2; l. 33 § 1 de S. P. R. 8, 3.

Bestellung einer solchen Afterservitut verliehen, und unterscheidet sich diese von der ursprünglichen nur dadurch, daß diese Herrschaft nicht direct vom Eigenthümer, sondern von dem ersten Servitutberechtigten als Zwischenhändler erworben wird, der in soweit und so lange sein Recht an den fraglichen Eigenschaften der Sache verliert.

Hiermit stehen nun aber in Widerspruch die Regeln in l. 15 § 7 bis l. 17 de usufr. 7, 1. Hier heißt es:

15. Ulpianus libro XVIII. ad Sabinum. — § 7. Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. — Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest,

16. Paulus libro III. ad Sabinum. — nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere.

17. Ulpianus libro XVIII. ad Sabinum. — Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario; et hoc verum est favore religionis.

Darnach soll also der Eigenthümer nicht einmal mit Zustimmung des Usufructuars eine Servitut errichten können, und daraus kann man mit Recht folgern, daß dann auch der Usufructuar selbst keine Servitut auflegen könne. Den Grund der ganzen Vorschrift hat man in Verschiedenem zu finden geglaubt, namentlich sie aber mit dem Satz: servitus servitutis esse non potest, in Verbindung gebracht, indem ja die durch den Usufruct schon veräußerte Befugniß noch einmal veräußert und also jenem entzogen werde. Nun ist es aber einmal kaum glaublich, daß die Römer nur diesen Gesichtspunkt bei ihrer durchaus gegen die Interessen des Verkehrs ankämpfenden Entscheidung im Auge gehabt hätten, da ja die hier vom Eigenthümer zu bestellende Servitut, die dem ganzen Zusammenhange und der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes servitus nach nur eine Realservitut sein kann, wenn sie einmal zugelassen wäre, über den Usufruct, und unabhängig von diesem, dauern, sie also, wäre sie eine Servitut an der Servitut, die belastete Sache (den Usufruct) überleben würde, was doch gegen alle römische Rechtsauffassung wäre. Entschieden spricht auch dagegen, daß in l. 17 der Servitutbestellung der Act gleichgestellt wird, wodurch der im Usufruct stehende Grund und Boden religios wurde, und daß die Regel, wonach solcher

consentiente usufructuario wirksam sein soll, als eine nur favore religionis zugestandene Anomalie aufgefaßt wird, während doch da von einer servitus servitutis nicht die Rede sein kann. Aber die hier so prägnante Stellung des consentiente usufructuario hätte schon darauf hinweisen können, wie diese Stelle mit einem im spätern Rechte weggefallenen Satz zusammenhängt. Es ist im höchsten Grade wahrscheinlich[k]), daß die Servituten nicht durch bloßen Verzicht untergingen, sondern wie häufige und ohne diese Auffassung unerklärliche Quellenstellen berichten, durch in iure cessio an den Eigenthümer zurückübertragen werden mußten. Was nun vom Ganzen gilt, muß auch von den einzelnen Bestandtheilen gelten, und es war daher auch nicht möglich, durch bloßen Consens eine in dem Usufruct enthaltene Befugniß auf den Eigenthümer zurückzuübertragen, wie solches doch nöthig war, wenn dieser dieselbe zum Inhalt einer andern Servitut machen wollte.

Demgemäß enthielten die l. 15 § 7 bis l. 17 pr. antiquirtes und nur aus Versehen in das Corpus Juris recipirtes Recht[l]), was wir auch um so unbedenklicher annehmen können, als man selbst, wenn man unsere Ansicht von der Entstehung dieser Sätze nicht theilt, die Unanwendbarkeit derselben im justinianeischen Rechte eingestehen muß. Denn seitdem der Usufruct, wie die andern Servituten, durch bloßen Vertrag oder höchstens durch hinzukommende Quasitradition entsteht, wird ein solcher Vertrag zwischen Eigenthümer und Usufructuar über Rückgabe eines Theils der Servitutbefugniß zum Zwecke der Vergebung an andere so interpretirt werden müssen, daß er wo möglich erhalten werden kann. Das geschieht aber dadurch, daß man ihn als Verzicht auf die seitherige Servitut verbunden mit der Errichtung eines neuen um die fragliche Befugniß geschmälerten Usufructs auffaßt, bei der, wenn man Quasitradition für erforderlich hält, solche dadurch bewirkt wird, daß der Usufructuar durch Ertheilung seines Consenses die Detention der dienenden Sache nicht verliert, und der Eigenthümer demnach sofort die Ausübung des

---

k) Die Beweise werden wir unten im § 39 nachholen.

l) Zachariä von Lingenthal Zeitschrift für gesch Rechts-Wissensch. Bd. 14 S. 139.

neuen geschmälerten Usufructs geschehen läßt. Es würde eine quas traditio brevi manu stattfinden.

Hiernach möchte dargethan sein, daß die besprochnen Stellen unsere Ansicht, wonach im spätern römischen Recht ein Usufruct am Usufruct zulässig gewesen ist, nicht zu widerlegen vermögen. Dieser Ansicht scheint nun aber Justinians schon oben in § 12 besprochene Entscheidung in l. 17 C. de usufr. 3, 33 entgegenzutreten, die jedoch eine durchaus singuläre ist und auf irrigen Rechtsauffassungen beruht, ja durch ihre Singularität sogar unsere Ansicht zu unterstützen im Stande sein möchte, wie das Nachfolgende beweisen mag.

Bekanntlich kennt das spätere Recht mehrere sogen. gesetzliche Usufructe, welche ein ganzes Vermögen oder eine Quote desselben umfassen, und es frägt sich daher, wie sich dieser gesetzliche Usufruct zu einem andern zu einem solchen Vermögen gehörenden Usufruct verhalte. Bei einigen Arten des gesetzlichen Usufructs wird diese Frage nicht vorkommen können oder deren Beantwortung gleichgültig sein. Letzteres gilt z. B. namentlich bei dem Usufruct des coniux binubus, d. h. dessen, der Kinder aus einer frühern Ehe hat und doch zur zweiten Ehe schreitet, wo das Eigenthum an den sogen. lucra nuptialia aus der ersten Ehe jenen Kindern bei Abschluß der zweiten Ehe zugefallen, ihm aber der Usufruct daran verblieben ist. Hatte nun etwa der erste Ehegatte ihm einen Usufruct vermacht, der demnach zu den lucra nuptialia gehört, so hat es keinerlei Effect, wenn man annimmt, daß dieser auch mit den andern Sachen dem Rechte nach auf die Kinder übergehe, indem der ursprüngliche Usufructuar doch wieder ein dingliches Recht auf Ausübung hatte, und wo dieses durch den Tod oder capitis deminutio erlöschen würde, und demnach das Recht der Kinder wirksam werden sollte, immer auch der zu Grunde liegende Usufruct selbst durch dasselbe Factum erloschen, also das Recht der Kinder von gar keinem Werth sein würde. Darum also kann die nov. 22 c. 32 auch mit Recht sagen, hier bleibe der Usufruct bei dem coniux binubus[m]).

---

m) Wenn die l. 1 Cod. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit 5, 10 schon mit dem Eintritt in die zweite Ehe den Usufruct immer erlöschen lassen will, so ist das eine Interpretationsregel,

Von größerer Wichtigkeit ist dagegen die Frage bei dem gesetzlichen Usufruct des Vaters an den Adventitien seines Haussohns, wo das Verhältniß zu dem vom Sohn erworbenen Usufruct, soweit dieser nicht ex re patris gemacht ist, für uns von Wichtigkeit ist. Schon im § 12 sahen wir, wie Justinian in der l. 17 C. de serv. 3, 33 für diesen Fall die Vorschrift gegeben hat, daß weder der Tod, noch eine capitis deminutio des Sohnes dem Vater einen so vom Sohne erworbenen Usufruct entziehen solle, dagegen aber auch beim Tode oder der capitis deminutio des Vaters dem Sohne wieder der von ihm erworbene Usufruct zufallen solle. Wir sahen oben auch schon, wie Justinian im Anfang dieser Stelle ein für Sklaven und Haussöhne überall gleiches Verhältniß anzunehmen scheint und im Eifer, alte Streitfragen zu entscheiden, nicht bemerkt, daß sich durch Ausbildung des Peculienrechts die ganze Sachlage verändert hat. Deßhalb läßt er den Usufruct dem Vater in jedem Falle ohne Unterscheidung, ob er mit Hülfe des väterlichen Vermögens erworben oder von anderer Seite her zugefallen ist, für seine ganze Lebensdauer durch den Sohn erwerben; wie das die alten Juristen vorgeschrieben hatten; die Bestimmung aber, daß auch der Usufruct nachher auf den Sohn übergehen solle, ging dagegen hervor aus den neuen Ideen von den Adventitien, wonach der Vater an solchen Erwerbungen nur einen Nießbrauch erhalten konnte, das Recht selbst aber dem Sohne blieb. Hier theilt Justinian vielleicht unbewußt die Rechtsanschauung seiner Zeit, die er nur durch das Hineintragen jener alten Controversen vermischt und verwirrt, und auch vor dieser Entscheidung wird der nicht zum peculium profectitium gehörige Usufruct des Sohnes während der patria potestas vom Vater geübt, nachher, wenn der gesetzliche Usufruct des Vaters an den Adventitien aus irgend einem Grunde erlosch, auf den Sohn übergegangen sein. Darin änderte Justinian nichts, weßhalb denn auch kein pomphaftes Selbstlob hier seine gesetzgeberische Thätigkeit

---

welche bei Errichtung des Usufructs stillschweigend die Resolutivbedingung zugefügt haben will, „wenn der Usufructuar oder die Usufructuarin nicht zur zweiten Ehe schreite". So faßt die nov. 22 auch jene Constitution auf und ändert sie dahin ab, daß jene Resolutivbedingung nicht mehr vermuthet, sondern ausdrücklich beigefügt werden müsse.

preßt, und nur durch das Hineinziehen jener alten, nur für das peculium profectitium passenden Bestimmungen und die gewählte allgemeine Fassung dehnt er diesen Satz auch auf den ex re patris erworbenen Ususfruct aus. Diese Constitution wird also einer Seits keinerlei ausdehnenden Erklärung fähig, anderer Seits aber unsere oben ausgesprochene Ansicht nur zu unterstützen im Stande sein. Ein gesetzlicher Ususfruct wird so auch überall und ganz in Gemäßheit der sonst geltenden Regeln jeden dem betreffenden Vermögen zustehenden Ususfruct ergreifen.

Wir haben in den letzten Paragraphen meistens nur von der Uebertragbarkeit des Ususfructs gesprochen, und haben ihn dabei in dem weitern Sinne als Repräsentant aller bei der Errichtung als veräußerlich hingestellten Personalservituten aufgefaßt. Wie weit diese Regeln auf die Servituten der habitatio und operae servorum Anwendung finden, wird um so mehr kurz bei der Besprechung dieser einzelnen Institute angegeben werden können; als sie zu sehr mit römischen Lebensverhältnissen zusammenhingen, um ohne deren Berücksichtigung richtig beurtheilt werden zu können, und als ihre Bedeutung für uns zu gering ist, um ein detaillirtes Eingehen auf dieselben hier nöthig zu machen.

Sechstes Kapitel.

Servitutähnliche Verhältnisse.

---

§. 29.

Servitutes tuitione praetoris constitutae.

Auf dem Gebiete der Servituten tritt uns derselbe Dualismus entgegen, der uns so oft in den einzelnen Instituten des römischen Rechts begegnet, der Gegensatz zwischen dem vom Civilrecht anerkannten ius und dem factischen Verhältniß, welches die Magistrate, von neuern Rechtsanschauungen geleitet, durch Verleihung von Einreden und Klagen mit ihrem Schutze versehen haben, ohne daß es für den historischen Sinn römischer Jurisprudenz dadurch zum ius werden konnte. Wie darum neben dem civilrechtlichen dominium ein nur durch den Prätor geschütztes in bonis vorkam, so waren neben den servitutes iure civili constitutae auch andere servitutähnliche Verhältnisse zugelassen, die auch wohl als servitutes tuitione praetoris constitutae bezeichnet wurden; der praktische Unterschied, welcher aber zwischen dem civilrechtlichen und dem bonitarischen Eigenthum nicht nur hinsichtlich der Bezeichnung der zum Schutz derselben gegebenen Klagen, sondern auch hinsichtlich anderer materieller Folgen fortbestand, und der es möglich machte, daß gleichzeitig beide Arten von Eigenthum verschiedenen Personen an derselben Sache zustehen konnten, findet sich in dieser Weise bei den Servituten nicht. Um aber zu untersuchen, wann und wie weit die servitutes tuitione praetoris constitutae andere oder weniger vortheilhafte Wirkungen äußern, als die civilrechtlich anerkannten, wird es nöthig sein, daß wir die

einzelnen Fälle unterscheiden, wo die Quellen diesen Dualismus erwähnen.

1) Was den Inhalt der Servitut anbetrifft, so war in Beziehung auf diesen, dem prätorischen Recht ein sehr geringer Spielraum zur Erweiterung der Grundsätze des Civilrechts gelassen, da letzteres die Freiheit in der Errichtung der Servitut anerkannt hatte, und jede beliebige Befugniß Inhalt einer servitus iure civili constituta sein konnte. Nur für die Wasserleitungsservitut hatte das ältere Recht mehrere durch das Wesen der Servitut nicht gebotene Beschränkungen angenommen, die später nicht mehr anerkannt wurden (vergleiche darüber § 17 Anm. m S. 158), aber doch noch immer so weit wirksam waren, daß in den betreffenden Fällen eine servitus iure civili constituta nicht angenommen wurde. Ulpian sagt davon in l. 2 comm. praed. 8, 4:

> De aqua per rotam tollenda ex flumine, vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent; sed rescripto Imperatoris *Antonini* ad Tullianum adiicitur, *licet servitus iure non valuit*, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc ius acquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit.

Was den praktischen Unterschied dieser vom Civilrecht nicht anerkannten Servitut von der servitus iure civili constituta betrifft, so macht sich dieser nur in den Klagen geltend, dort war es eine confessoria *utilis* actio, hier eine confessoria *directa*, und ferner durch die Beschränkung der Interdicte de aqua quotid. et aestiva und de fonte auf die civilrechtlich anerkannte, aus dem caput abgeleitete Wasserleitung[a]); sonstige Eigenthümlichkeiten waren sicher nicht vorhanden, und so konnte Paulus denn auch ganz allgemein in l. 9 de S. P. R. von einer solchen Servitut sagen: hodie tamen ex quocunque loco *constitui* solet.

2) Sehr viel wirksamer war das prätorische Recht in der Lehre

---

a) L. 1 § 7 de aqua quot. et aest. 43, 20. *Ulpianus* Haec interdicta de aqua item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde; harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest.

von der Entstehung der Servituten, und hier schuf es eine Reihe von Erwerbungsarten, die dem Civilrecht fremd waren, so die quasi traditio oder patientia[b]), den langjährigen Gebrauch[c]), das Fideicommiß[d]) und nach der Ansicht Mancher für Provincialgrundstücke auch den bloßen Vertrag[e]). War nun auf diese Weise eine Servitut entstanden, so hatte der Berechtigte zu seinem Schutze wieder die actio confessoria als eine utilis[f]), nur daß der, welcher die Servitut traditione oder patientia erworben hatte, die Publiciana in rem actio anzustellen hatte[g]). Allein wenn die Tradition vom wirklichen Eigenthümer geschehen war, so mußte diese Klage denselben Erfolg haben, wie eine confessoria utilis, und möchte der Grund, warum hier die erstere gegeben wurde, in dem Entwicklungsgange zu suchen sein, den der Satz, daß eine Servitut durch Tradition entstehen könne, wahrscheinlich genommen hat. Die Tradition wird nämlich zunächst dazu gedient haben, um den servitutes iure civili constitutae die Publiciana actio und die mit dieser verbundenen Vortheile zu schaffen, indem sie von dem Beweise entband, daß der Constituent Eigenthümer der belasteten Sache zur Zeit der Servituterrichtung war, und nachdem sich hier einmal die Idee von der Tradition der Servituten gebildet hatte, wird diese auch selbständig angewandt worden sein. Wo aber schon die Publiciana actio Hülfe gewährte, bedurfte es nicht der Ausdehnung der confessoria actio, und so wird dem Innehaber einer so entstandenen Servitut nirgends die utilis actio zugestanden. — Von diesen Klagen abgesehen werden die übrigen Wirkungen einer Servitut diesen servitutes tuitione praetoris constitutae vollkommen in gleicher Weise zukommen, wie den civilrechtlich anerkannten, und so wird denn auch in den Quellen für einzelne

---

b) L. 1 § 2 de S. P. R. 8, 3. *Ulpianus*. Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris. L. 11 § 1 de publ. act. 6, 2; l. 1 pr. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4; l. 3 si ususfr. petat. 7, 6.

c) L. 10 si serv. vind. 8, 5; l. 1 § 23 de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3.

d) L. 9 pr. et § 1 usufr. quemadm. caveat 7, 9.

e) Gai. Commt. II. § 31. Vgl. mit l. 3 C. de servit. et aqua 3, 34. Ueber diese wie über die andern hierher einschlagenden Streitfragen verweise ich auf die spätern Ausführungen über die Entstehung der Servituten.

f) L. 10 si serv. vind. 8, 5.

g) L. 11 § 1 de publ. in rem act. 6, 2.

Wirkungen ausdrücklich entschieden. So soll nach l. 1 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4 ein solcher Ususfruct durch capitis deminutio erlöschen, nach l. 3 si ususfr. pet. 7, 6 ebenso durch Nichtgebrauch während der gesetzlich bestimmten Zeit, nach l. 9 § 1 usufructuar. quemadm. caveat 7, 9 der Usufructuar in solchem Falle zur Cautionsleistung verpflichtet sein, nach l. 1 § 23 de aqua et aq. pl. arc. 39, 3 eine durch Verjährung entstandene Servitut ebenso gegen die actio aquae pluviae arcendae schützen, wie eine ex iure imposita, und endlich nach l. 5 § 3 de itinere act. priv. 43, 19 das interdictum de itinere actuque privato in beiden Fällen gleich zulässig sein. Daher ist auch hier der Unterschied zwischen beiden Arten nur ein historischer, der für das spätere Recht keine praktische Bedeutung hat, und Antoninus konnte deßhalb in l. 2 C. de servitut. et aqua 3, 34 ohne Weiteres sagen „servitutem tempore quaesiisti".

3) Ueber das Civilrecht hinaus war das prätorische Recht auch hinsichtlich der Frage gegangen, wer eine Servitut constituiren könne. Während nach jenem dazu nur der civilrechtliche Eigenthümer befähigt war, wird der Prätor auch die von dem bonitarischen Eigenthümer errichteten Servituten geschützt haben, und seit Anwendung der Publicianischen Klage auf die Servituten war dem Wesen dieser Klage gemäß überall, wo die Servitutbefugniß durch Tradition Seitens eines Innehabers der dienenden Sache entstanden war, dieselbe gegen jeden Angriff eines dritten geschützt, der kein besseres Recht nachzuweisen vermochte. Weiter gestand das prätorische Recht aber auch dem Superficiar die Befugniß zu, Servituten an der superficiarischen Sache zu errichten[h]), und wie Ulpian in l. 1 § 9 de superfic. 43, 18 bemerkt, sind diese nach dem Beispiel der ipso iure constituirten mit actiones utiles geschützt; doch auch das interdictum de superficiebus utile soll hier anwendbar sein. Letzteres ist also eine Besonderheit einer solchen Servitut. Ferner versteht sich von selbst, daß sie in Gemäßheit des Satzes: Nemo in alium plus conferre potest, quam ipse habet, immer erlöschen wird, wenn das superficiarische Recht aus einem Grunde aufhört, zu welchem schon

---

h) Daß der Innehaber eines ager vectigalis an diesem Servituten errichten konnte, wird in l. 1 pr. quib. mod. ususfr. vel usus amitt. 7, 4 gesagt.

zur Zeit der Servituterrichtung der Keim gelegt war. Diesen Erlöschungsgrund theilt aber die Servitut auch mit einer servitus iure civili constituta, welche von jemanden bestellt ist, dessen Eigenthum von einer Resolutivbedingung abhängig war, und das durch den Eintritt derselben rückwärts aufgelößt ist. Von andern eigenthümlichen Wirkungen solcher vom Superficiar errichteten Servituten wird wiederum nichts berichtet, und demnach findet ein erheblicher Unterschied zwischen der servitus tuitione praetoris constituta und der servitus iure civili imposita auch hier nicht statt.

Uebersehen wir nun die einzelnen Fällen, in denen die erstere erwähnt wird, so bieten sie uns mit sehr geringen Ausnahmen überall dasselbe Bild, wie die civilrechtlich anerkannten Servituten; eine gänzlich systematische Trennung und abgesonderte Behandlung beider Klassen wird bei ihrer innern Einheit mit den größten Unbequemlichkeiten verbunden sein und sich als gänzlich überflüssig herausstellen, weßhalb wir denn diesen Unterschied in unserer Darstellung nicht überall hervorgehoben und die prätorischen Entstehungsarten den übrigen Entstehungsgründen der Servituten beigefügt haben. Hier genügt es uns, darauf hinzuweisen, wie der strengen römischen Auffassung nach die servitutes tuitione praetoris constitutae nicht wirkliche Servituten, sondern nur servitutähnliche, mit einem Rechtsschutz bekleidete Verhältnisse sind.

§. 30.

Servitutähnliche Rechte an öffentlichen Sachen.

Die Servituten gehören im römischen Recht ausschließlich dem Privatrecht an, und setzen sowohl voraus, daß die belastete Sache dem allgemeinen Verkehr nicht entzogen ist, als auch, daß das berechtigte Subject eine Privatperson oder wenigstens eine Corporation in ihrer Richtung als Subject von Privatrechten ist, und dagegen werden Rechte, die dem Staat kraft seiner Staatshoheit, oder den Gemeinden unmittelbar in Verfolg ihrer politischen Stellung, oder allen Staats= oder Gemeindeangehörigen als solchen, an den Sachen der Privaten zustehen, sowie die Rechte, welche einzelne Private an Sachen erlangt haben, die dem Verkehr entzogen sind, in unsern Rechtsquellen durchaus nicht unter den Gesichtspunkt einer Servitut

gebracht. Gleichwohl stehen diese Rechte, welche auch im römischen Rechtsleben häufig einen ganz privatrechtlichen Charakter annehmen, mit den Servituten in naher Beziehung, und wie sie nicht ohne Einfluß bei der Ausbildung einzelner Servituten, wie der Wasserleitungsservitut, geblieben sind, so haben sie dagegen vielfach Elemente aus der Servitutenlehre aufgenommen, und werden hinsichtlich ihres Subjects, ihrer Dauer und ihres Inhalts häufig wie diese behandelt. Eine kurze Uebersicht der Vorschriften des römischen Rechts über derartige Rechte möchte daher zur gehörigen Würdigung der Servituten beitragen können und will ich daher in diesem Paragraphen die servitutähnlichen Rechte von Privatleuten an öffentlichen Sachen behandeln.

Dabei müssen wir jedoch zunächst die Sachen ausscheiden, welche nicht zum allgemeinen Gebrauch bestimmt sind, sondern nur auf Rechnung des Staats von seinen Beamten oder Pächtern verwaltet werden sollen, und sich daher nicht durch die Art der Benutzung, sondern nur durch die Verwendung des aus ihnen gelößten Ertrags zu öffentlichen Zwecken von den Sachen, welche Privaten gehören, unterscheiden. Sie werden ausdrücklich als quasi propriae et privatae Principis bezeichnet[a]), und wie sie immer bei Anwendung der vorgeschriebenen Formen ganz und gar veräußert werden und in den Privatverkehr zurückkehren können, so kann auch die Herrschaft über einzelne Eigenschaften derselben Andern übertragen und die Sachen, ohne daß sie dadurch ihren sonstigen Charakter verlieren, auf die verschiedenartigste Weise belastet werden. Solche Rechte an fiskalischen Sachen werden von Paulus in l. 23 § 2 de S. P. R. ausdrücklich als Servituten bezeichnet, indem er sagt, daß wenn der Acker eines Privaten ins öffentliche Eigenthum übergeht, die daran seither bestandenen Servituten fortdauern sollen. Demnach ist auch nach römischer Anschauung eine fiskalische Sache durchaus fähig, Gegenstand von Privatrechten zu sein, und diese sind in Allem und Jedem nach den Regeln des Servitutenrechts zu behandeln. So erklärt denn auch Ulpian in l. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8 das Interdict *ne quid in loco publico* für unanwendbar bei derartigen fiskalischen Sachen, da der Privatmann, so wenig er das Recht habe,

a) L. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.

selbst dort Handlungen vorzunehmen, auch andere nicht daran verhindern könne.

In einer Beziehung unterschieden sich aber diese Servituten an fiskalischen Sachen wesentlich von denen an Privatsachen, indem sie dem Eigenthümer der belasteten Sachen gegenüber nicht vor den ordenlichen Gerichten durchgefochten werden konnten, sondern derartige Ansprüche bei eigens hierzu eingesetzten Beamten geltend gemacht werden mußten[b]). Nach *Dio Cass.* LVII. 23 soll die Jurisdiction über Sachen des Fiskus in früherer Zeit freilich noch bei den gewöhnlichen Gerichten gewesen sein, unter Nerva wird uns aber ein eigener Prätor genannt, qui inter fiscum et privatos ius diceret[c]), und zur Zeit der klassischen Juristen waren dieselben Beamten, welche die Verwaltung hatten, auch mit der Entscheidung über alle rechtlichen Ansprüche, die an den Fiskus gemacht wurden, betraut, so die praefecti aerarii[d]) und die procuratores fisci[e]). Es erscheint wenig glaublich, daß vor diesen Administrativbeamten, die keine Richterlisten geführt haben werden, das ordentliche gerichtliche Verfahren eingehalten sei, oder sie sich auch nur hinsichtlich der Klagformeln an die von den Prätoren für deren eigene Jurisdiction gegebenen Vorschriften gehalten haben; auch mochten die Fälle einer derartigen Thätigkeit der fiskalischen Beamten so selten sein, daß sich dafür kein eigenes gerichtliches Verfahren ausbildete, weßhalb denn ihre Untersuchungen und Entscheidungen bei erhobenen Ansprüchen mehr als administrative Anordnungen, wie als Ausflüsse der richterlichen Gewalt erscheinen mochten. Aber gleichwohl werden sie nicht nach Willkühr und unter bloßer Berücksichtigung des Staatsinteresse haben erkennen dürfen, so daß derartige Servituten an fiskalischen Sachen des Rechtsschutzes

---

b) So lange noch Fiskus und Aerar geschieden waren, wird auch für die Sachen des letztern dasselbe gegolten haben; dagegen unterlagen die zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Sachen ganz andern Grundsätzen, und über sie verblieb, wie wir sehen werden, die Jurisdiction dem Prätor.

c) L. 2 § 32 de orig. iuris 1, 2.

d) L. 8 § 19 de transact. 2, 15; l. 12 de his quae ut indign. 34, 9; l. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8; l. 42 de iure fisci 49, 14.

e) L. 8 § 19 de transact; l 21 de auct. tut. 26. 8; l. 2 C. si adv. fisc. 2, 37 (darnach in Gemeinschaft mit dem praeses provinciae); l. 1 C. de iurisd 3, 13; l. 1—3 C ubi causa fisci 3, 26.

entbehrt und von den Vertretern des Fiskus in jedem Momente hätten revocirt werden können, sondern die praefecti aerarii werden ausdrücklich für solche Sachen als iudices bezeichnet[f]), die also, wie schon der Name sagt, Recht sprechen sollten. Und da von ihren Entscheidungen Appellation an den Kaiser möglich war[g]), so wurden die fiskalischen Sachen in letzter Instanz an derselben Stelle entschieden, wo auch Privatstreitigkeiten beendet werden konnten, und daher, wenigstens wo ein gerechtes Urtheil gegeben werden sollte, nach denselben Regeln. Es scheint sogar, daß diese Jurisdiction der fiskalischen Beamten sich nicht nur auf die Fälle erstreckte, wo solche servitutartige Ansprüche dem Fiskus gegenüber erhoben wurden, sondern daß sie sich auch auf die ausdehnte, wo letzterer das Recht anerkannte, aber zwischen Privaten über den Umfang u. s. w. gestritten wurde. Denn Ulpian sagt in l. 2 § 4 ne quid in loco publ., nachdem er erklärt hat, das Interdict ne quid in loco publico könne ein Privater gegen einen andern wegen widerrechtlicher Benutzung solcher Sachen nicht erheben, daß die Präfecten einen entstehenden Streit zu entscheiden hätten[h]).

Für die zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Sachen[i]) war der Gesichtspunkt, daß sie dem Staate gehören und die Staatsgewalt darüber verfügen kann, der frühern Zeit wahrscheinlich durchaus fremd[k]), und diese blieb bei der ersten natürlichsten Anschauung stehen, wonach das, was Alle benutzen, auch Allen gehören muß, ohne daß deßhalb die Gesammtheit zu einer Abstraction, zu einer idealen Person zu werden braucht[l]). Ein solches Gesammt-

---

f) L. 2 § 4 ne quid in loco publ. 43, 8.

g) Siehe die Constitutionen in den Titeln des Coder si adv. fisc. 2, 37 und ubi caus. fisci 3, 26, die zum Theil auf solche Appellationen erlassen sind.

h) — Sed si forte de his sit controversia, Praefecti eorum iudices sunt.

i) Dazu gehören sowohl die von Natur schon gemeinsamen Sachen [Luft, fließendes Wasser, Meer und Meeresküste], als auch die, welche durch menschliche Einrichtungen der öffentlichen Benutzung übergeben sind, wie Straßen, Plätze u. s. w. vgl. § 1 und § 6 J. de rerum divis. II. 1.

k) Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. I. S. 187 und 198.

l) In der Besitzlehre hat sich eine ähnliche Anschauung erhalten, vgl. den Ausspruch von Paulus in l. 1 § 22 de acq. poss. 41, 2: Forum autem

eigenthum einer unbegrenzten Anzahl, das darum auch zu ungewissen Theilen ist, kann aber nur dann nutzbringend für alle Eigenthümer sein, wenn jeder nur solche Handlungen an der gemeinsamen Sache vornehmen darf, welche Andere nicht in dem ordnungsmäßigen Gebrauch zu hindern vermögen, oder welche doch mit dem Zweck correspondiren, für die sie von Anfang an bestimmt ist; bleibt man innerhalb dieser Grenzen, so muß ein anderer, der später kommt, soweit mit seinen Ansprüchen auf Benutzung zurücktreten; überschreitet man sie aber und beschädigt die Sache oder erschwert deren Gebrauch unrechtmäßig, so verletzt man dadurch nach dieser ältern Auffassung nicht etwa die Rechte des Staats, sondern nur dessen, den man am Gebrauch verhindert[m]), ja bei Beschädigungen von Wegen, Flüssen und Kloaken wird angenommen, daß man schon allein durch diesen Act unmittelbar die Rechte aller jener einzelnen Bürger beeinträchtige, weßhalb denn allen diesen, — und darin zeigt sich eben besonders die Wirkung dieser Auffassung, — auch noch im spätern Rechte sofort eine Klage (die Popularinterdicte) vor den ordentlichen Gerichten gegeben wird[n]). Wenn darum auch öffentliche Beamte die Wege=

et basilicam hisque similia [municipes] non *possident*, sed *promiscue* his utuntur, und vielleicht die Worte Ulpians in l. 5 § 15 commodati 13, 6: Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi unius cuiusque in solidum esse — neque enim minus me uti, quod et alius uteretur.

m) Er hat darum die Interdicte *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (tit. 8, lib. 43 D) und *ut in flumine publico navigare liceat* [tit. 14 daselbst], sowie, wenn er einen Weg ausbessern oder Uferbauten vornehmen will, die Interdicte *de via publica vel itinere publico reficiendo* [tit. 11 daselbst] oder *de ripa munienda* [tit. 15 daselbst].

n) So die Interdicte *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* (tit. 12 lib. 43 D), *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* (tit. 13 daselbst), *de cloacis publicis* (l. 1 de cloacis 43, 23), und die in l. 1 § 20 und § 35 ne quid in loco publico 43, 8 aufgeführten Interdicte zum Schutz der Wege. Besonders deutlich läßt sich das dargestellte Verhältniß in einer Stelle der lex Mamilia u. s. w. analog angewandt erkennen, wie sie uns uns in den Schriften der römischen Feldmesser überliefert wird. Dort wird gesagt, niemand solle die limites und decumanos verletzen, welche in den in Gemäßheit dieser Gesetze gegründeten Kolonieen gezogen sein, und die nach dem römischen Kolonialrecht in derselben Weise der Gesammtheit allen Kolonisten zustanden, wie die res publicae der Gesammtheit aller cives.

oder Strombauten leiten und vielleicht die öffentlichen Sachen auch in der Weise beaufsichtigen konnten, daß sie Verletzungen derselben mit Hülfe ihrer Befugniß, Strafen zu verfügen, ahnden durften, so war, wenn wir von den städtischen Straßen zur Zeit absehen, niemand an ihren Ausspruch so gebunden, daß er unberechtigte Uebergriffe Dritter, auch wenn die Aufsichtsbeamten sie erlaubt hätten, dulden mußte, sondern er konnte, ebenso wie wenn er in der Benutzung seiner Privatsache gehindert oder diese von Unberechtigten beschädigt wäre, den Schutz des Prätors mittelst jener Interdicte anrufen. Von diesem hing es daher ab, ob er in den einzelnen Handlungen Verletzungen der öffentlichen Sachen sehen wollte, und er konnte demgemäß Grundsätze in sein Edict aufnehmen, welche für die Benutzung derselben maaßgebend sein sollten. Nun widersprach es aber durchaus der Natur der prätorischen Gewalt, wenn darin Einzelnen ausnahmsweise besondere ausgedehnte Vorrechte zugestanden worden wären, und so konnten auch durch den Prätor keine das allgemeine Gebrauchsrecht überschreitende Privatbefugniß an öffentlichen Sachen ertheilt werden, und um so weniger, als er nur für das eine Jahr seiner Amtsdauer verbindliche Vorschriften über die Handhabung der Rechtspflege ertheilen konnte.

Der letztere Grund erleidet ähnlich auch bei den in der Stadt und deren nächsten Umgebung gelegenen öffentlichen Straßen und Plätzen Anwendung. Für diese mußte der lebhafte Verkehr mit allen seinen Anforderungen und Gefahren schon frühe den bloßen gerichtlichen Schutz des Prätors als unzureichend darstellen und ward Veranlassung, daß dieselben unter die polizeiliche Aufsicht der Aedilen und anderer Beamten gestellt und, um die wichtige Verwaltung derselben in deren Hand zu concentriren, dem prätorischen Interdictenschutze

---

Später heißt es nun in jener Stelle (Ausgabe von Blume, Bachmann, Rudorff Bd. I. S. 264): si quis adversus ea quid fecerit, in res singulas, quotiescunque fecerit, SS. IV. colonis municipibusve eis, in quorum agro id factum erit, dare damnas esto, *pecuniaeque qui volet petitio hac lege esto.* Also geschuldet wurde die Strafsumme allen Municipalbürgern, an deren Gebiet die Verletzung geschehen war, aber dadurch daß Einer Klage erhob, ward dieselbe consummirt.

gänzlich entzogen wurden[o]). Dadurch hing es nun freilich von dem Belieben der Aedilen ab, gegen wen sie einschreiten und wem sie eine weitergreifende Benutzung gestatten wollten, und aus l. 1 § 4 de via publica et si quid in ea factum esse dicatur 43, 10 erfahren wir, daß sie den Schmieden und Färbern allgemein erlaubten, ihre Waaren auf der Straße anzufertigen, beziehungsweise auszuhängen; allein weil sie auch nur wieder für die beschränkte Dauer ihres Amtes nachhaltig verfügen konnten und ihre Nachfolger nicht an die von ihnen aufgestellten Grundsätze gebunden waren, so konnte aus ihrer Gestattung niemals ein dauernder unwiderruflicher Anspruch abgeleitet und darauf niemals ein wirkliches dingliches Recht an der öffentlichen Sache selbst gegründet werden.

In früherer Zeit war daher das einzige Mittel, durch welches Private zu solchen außerhalb des allgemeinen Gebrauchsrechts liegenden Befugnissen an öffentlichen Sachen gelangen konnten, daß sie sich dieselben von den Berechtigten übertragen ließen, und sie ihnen daher von der Gesammtheit derer, welche einen Rechtsanspruch auf dieselben hatten, dem populus in einer lex verliehen wurden. Darum sagte denn auch der Prätor ausdrücklich in seinem Edict „ne quid in loco publico facias . . . praeterquam quod lege . . . concessum est“ u. s. w.[p]). Als aber die Gesetzgebung des Volkes durch die veränderten politischen Verhältnisse zu ruhen begann, und der Senat die Erbschaft desselben übernahm[q]), wurden auch durch Senatusconsulte dergleichen Befugnisse verliehen[r]), obgleich sie doch nicht mehr ein Beschluß sämmtlicher Berechtigter über ihr Recht waren, und so wurde denn damit anerkannt, daß die Staatsgewalt, als solche, über die zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Sachen zu verfügen habe. Als darum der Kaiser alle Attribute dieser Gewalt in seiner Person vereinigte, da vindicirte er sich auch das Recht, Privilegien zu solcher in dem allgemeinen Gebrauchsrecht nicht enthaltenen Benutzung zu ver-

---

o) L. 2 § 24 ne quid in loc. publ. 43, 8. Darauf stützt sich auch die Entscheidung in l. 41 § 1 de S. P. U. 8, 2.

p) L. 2 pr. ne quid in loco publ. 43, 8. Vgl. l. 1 § 16 de fluminibus 43, 12.

q) Gaius I. § 4; § 5 J. de iure natur. gent. et civil. I. 2.

r) L. 2 pr. ne quid in loco publ.

leihen[s]), und zwar behielt er sich dasselbe so ausschließlich vor, daß der Praeses provinciae oder der Curator reipublicae, nur wenn ihnen vom Kaiser ausdrücklich die Befugniß dazu ertheilt war, derartige Concessionen machen durften, „quia“, sagt Ulpian in l. 3 § 4 quod vi aut clam 43, 24 „et si ei locorum publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est“.

Der Concession der Staatsgewalt wird die unvordenkliche Verjährung gleichgeachtet worden sein, so gering auch immer die uns erhaltenen Spuren von der Anwendung derselben im römischen Rechte sein mögen[t]), da jede andere Verjährungsart in solchen Fällen unanwendbar war, und sonst auch die durch Concession ordnungsmäßig entstandenen Verhältnisse, trotzdem daß sie von Anfang an für eine lange Dauer bestimmt waren, dadurch in ihrem Bestande hätten gefährdet sein können, daß der Beweis einer gehörig geschehenen Concession nicht mehr erbracht werden konnte. Die unvordenkliche Dauer eines Zustandes wird auch hier zu der Vermuthung ermächtigen, daß derselbe ordnungsmäßig entstanden sei. Nur genügt da, wo die Befugniß des Privaten an der öffentlichen Sache darin besteht, daß er ausschließlich einzelne Nutzungen der Sache ziehen darf, welche an und für sich der Gesammtheit zustehen müßten, keineswegs schon der Beweis, daß er seit Menschengedenken allein die fragliche Handlung ausgeübt habe, sondern er muß nachweisen, daß er auch seit dieser Zeit jeden andern kraft seines Rechtsanspruchs zurückgewiesen und an der Vornahme einer solchen Handlung auf der öffentlichen Sache verhindert habe. Dies ist bei Beurtheilung der l. 7 de diversis tempor. praesc. 44, 3 zu berücksichtigen, wo Marcian sagt:

> Si quisquam in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure uti prohibet.

Hier wird also eine Erwerbung des ausschließlichen Rechts auf den

---

s) Daselbst.

t) Die Frage ob in l. 3 § 4 de aqua quot. 43, 20 und in l. 26 de aqua pluv. 39, 3, wo von dem prätorischen Schutz der seit Menschengedenken bestandenen Wasserleitungen gesprochen wird, öffentliche oder private verstanden werden, muß unten in der Lehre von der Entstehung der Servituten besprochen werden.

Fischfang in einem bestimmten Bezirk durch fortgesetzte längere Ausübung während mehrerer Jahre zugelassen, während doch der Fischfang einen Theil der Nutzung des öffentlichen Flusses bildet, welcher ohne Beeinträchtigung des Ufers oder der Schiffahrt gewonnen werden kann, und daher an und für sich in dem allgemeinen Gebrauchsrechte enthalten ist. Auffallend ist in dieser Stelle aber schon von vorne herein die allgemeine Haltung derselben, indem weder die Länge der Zeit, noch die sonstigen Bedingungen dieser Verjährung irgend näher bestimmt werden, während der darin gebrauchte Ausdruck „pluribus annis" die Beziehung auf die unvordenkliche Verjährung sehr erschwert, und doch für jede andere alle Anhaltspunkte fehlen; dazu kommt der schon angedeutete Grund, daß hier nicht etwa gefordert wird, der Ausübende solle innerhalb der Zeit Andern das Fischen in diesem Bezirk untersagt haben, sondern nur, daß er allein gefischt und also eine Handlung vorgenommen habe, zu der er kraft des allgemeinen Gebrauchsrechtes befugt war, und die demnach nur die Ausübung eines ihm schon zustehenden Rechts war; dem Zufall, daß kein anderer da gefischt hat, würde dadurch die Kraft zugelegt, allein Rechte zu erzeugen. Wenn wir danach diese Stelle schon als corrumpirt anerkennen müssen, weil sie im Widerspruch mit allen sonstigen Grundsätzen von der Verjährung steht, so wird das zur Gewißheit durch die l. 45 pr. de usurpat. 41, 3, wo Papinian den Satz ausspricht, die praescriptio longae possessionis könne nicht dazu dienen, um Sachen, die nach dem ius gentium publica sein, zu erwerben, und als Beispiel anführt, daß der Besitz eines Hauses an der Meeresküste nicht ein Recht für die Zeit verleihen könne, wo dasselbe wieder zerstört und dadurch die Küste in ihre Freiheit zurückgetreten sei, und zum zweiten Beispiel übergehend fortfährt:

> vel si quis, quod in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat.

In beiden Stellen ist also derselbe Wortlaut, nur das eine Mal in directer Rede als Rechtssatz, das andere Mal als unmögliches Beispiel. Es ist aber durchaus unglaublich, daß der später lebende Marcian, wenn er gegen Papinian polemisiren wollte, dessen Beispiel, welches zu diesem Zwecke so unsicher und unbestimmt gehalten sein konnt, benutzt habe, um eine abweichende Ansicht auszusprechen, die so sehr der nähern Bestimmung und Begründung

bedurfte, und viel wahrscheinlicher ist, daß er, wie das so häufig geschah, eine Stelle Papinians in sein Werk aufnahm, die bei der Compilation als von ihm stammend bezeichnet und durch eine beigefügte Negation und durch Umwandlung in directe Rede mit einem andern Sinn versehen wurde. Um die wörtliche Uebereinstimmung mit der citirten l. 7 herzustellen, mögen gedankenlose Abschreiber die Negation wieder entfernt haben. Trotz des ganz gleichen Wortlauts für beide Stellen verschiedene factische Voraussetzungen zu supponiren, wie die Glosse und Andere es thuen, ist der Ausfluß einer ungerechtfertigten Willkühr.

Durch die kaiserliche Concession oder die unvordenkliche Verjährung erwirbt der Private ein wirkliches dingliches Recht an der Sache selbst, ein proprium ius[u]), das ebenso wie die Servituten an die individuelle Person des ersten Erwerbers geknüpft oder mit einem Grundstück untrennbar verbunden sein kann. Ulpian führt dies in l. 1 § 43 de aqua quot. 43, 20 für die Berechtigung aus einer öffentlichen Wasserleitung Wasser zu leiten, in folgender Weise aus.

> Et datur interdum praediis, interdum personis; quod praediis datur, extincta persona non extinguitur, quod datur personis, cum personis amittitur; ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem vel qualemcunque successorem transit[v]).

---

u) Paulus in l. 14 de iniuriis 47, 10: Si maris *proprium ius* ad aliquem pertineat . . . Papirius Justus in l. 17 de S. P. R. 8, 3: aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi *proprio* quis *iure* plus sibi datum ostenderit.

v) Wenn Ulpian in l. 1 § 44 also fortfährt:

> Plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est; nam si docuerit praediis suis aquam debitam, et si nomine eius fluxisse, a quo dominium ad se transiit, indubitate impetrat ius aquae ducendae; nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis forte non impetraverit,

so spricht er da mehr von einer Forderung der Politik, als des Rechts. Ehe dem Nachfolger die Befugniß zur Leitung ertheilt war, hatte er kein Recht an dem Wasser und die Ertheilung dieser Befugniß konnte er mit keinem Rechtsmittel erzwingen. Die von Ulpian angeführten Gründe beschränken sich aber auch nur auf die römischen Wasserleitungen und deren eigenthümliche Verhält-

Außerdem werden aber auch Berechtigungen an öffentlichen Sachen erwähnt, die frei veräußert und auch wohl vererbt werden konnten, und die daher weniger den Servituten, als vielmehr der Superficies oder Emphyteusis nachgebildet waren. So sagt Ulpian in l. 32 de contr. emt. 18, 1:

Qui tabernas agentarias, vel caeteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed ius vendit; nam istae tabernae publicae sunt, quorum usus ad privatos pertinet[w]).

Hiervon abgesehen, unterscheiden sich diese in dem öffentlichen Gebrauchsrechte nicht enthaltenen Privatbefugnisse an öffentlichen Sachen dadurch wesentlich von den Servituten, daß ihnen die dinglichen Klagen meistens fehlen.

Der Gesammtheit des Volks gegenüber, so daß dieses als Verklagter fungiren sollte, war eine Klage natürlich undenkbar, und eben so wenig konnten später der Kaiser und seine Beamten, wo sie als Vertreter des populus in Beziehung auf die res publicae erschienen, der Jurisdiction des Prätors unterworfen sein. Wohl aber läßt es sich denken, daß Dritten gegenüber, welche die Ausübung der Befugniß verhindern, eine dingliche Klage ebenso erhoben werden konnte, wie wenn Servituten von Dritten beeinträchtigt worden waren. Dafür wird uns nun aber nirgends eine geeignete Formel überliefert, oder nur eine derartige Klage genannt, vielmehr sagt Ulpian bei Besprechung des Interdicts zum Schutz der Befugniß, aus öffentlichen Wasserleitungen Wasser abzuleiten, ausdrücklich, durch dasselbe werde die ganze Rechtsfrage über die Existenz der Befugniß entschieden[x]), so daß also nicht anzunehmen ist, daß daneben noch eine dingliche Klage existirt habe, da dann die Einführung eines soweit greifenden Interdicts unnöthig gewesen wäre. Den Interdictenschutz

---

nisse und werden für andere Rechte an öffentlichen Sachen nicht zutreffen. Vgl. auch *Frontinus* de aquaeduct. c. 107—109.

w) Vgl. l. 2 § 17 ne quid in loco publ. 43, 8.

x) L. 1 § 45 de aq. quot.; Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri assignationis; non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius assignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.

genossen dagegen diese Rechte an öffentlichen Sachen in demselben Umfang wie die Servituten, indem analog den Interdicten zum Schutz der auf Wasserleitungen und Kloaken gerichteten Servituten solche zum Schutz der Rechte an öffentlichen Wasserleitungen oder an den auf öffentlichen Grund und Boden geführten Privatwasserleitungen und Kloaken gegeben wurden[y]), für die andern Fälle aber das Interdict *Uti possidetis* Schutz in der Ausübung gewährte. **Paulus** sagt nämlich in l. 14 de iniuriis 47, 10.

> Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, *Uti possidetis* interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote quum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica; ad privatas enim causas accommodata interdicta sunt non ad publicas.

Man könnte nun freilich diese Stelle auch so verstehen wollen, daß das hier erwähnte maris proprium ius nur das Eigenthum an Meerestheilen bedeute, das bekanntlich durch Errichtung von Bauwerken für die Dauer dieser Werke erworben wird[z]); demnach die Stelle nur sage, daß der Besitz an solcher dem Privateigenthum unterworfenen Sache, wie jeder andere durch das Interdict *Uti possidetis* geschützt sei; allein einmal verstand sich das so von selbst, daß es keiner besondern Ausführung und weitläuftigen Begründung bedurfte, sodann ist der Ausdruck ius im höchsten Grade selten zur Bezeichnung des Eigenthums und bedeutet vielmehr fast immer eine einzelne Befugniß an einer Sache, und daß auch proprium ius in diesem Sinne vorkomme, haben wir schon oben (Seite 276) erwähnt. Die Gründe aber, die **Ulpian** hier für die Anwendung des Interdicts bei Störungen in einer Privatbefugniß am Meer anführt, wiederholen sich bei den andern servitutähnlichen Rechten an öffentlichen Sachen, zu deren Schutz die generelle Injurienklage, welche die Ausübung des allgemeinen Benutzungsrechts an öffentlichen Sachen schützen muß[aa]), ebenfalls nicht gebraucht werden kann,

---

y) L. 1 § 38 und § 41 de aqua quot. 43, 20; l. 3 § 4 de rivis 43, 21; l. 1 § 9 de cloacis 43, 23.

z) L. 6 pr. de div. rer. 1, 8; l. 14 pr. und l. 50 de acqu. dom. 41, 1.

aa) L. 13 § 7 de iniur. 47, 10.

da die Störung nicht eine Verletzung der ganzen Persönlichkeit, sondern nur die eines bestimmten, durch einen speciellen Rechtstitel erworbenen Rechts ist, und demnach in diesem Sinne immer gesagt werden kann: ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res.

Neben diesem Interdictenschutz war aber ein Bedürfniß für besondere Klagen auf Anerkennung der Privatrechte an öffentlichen Sachen kaum vorhanden, und das mag der Grund gewesen sein, warum sie nicht ausgebildet worden sind. Denn da sie doch nicht dem Eigenthümer der belasteten Sache gegenüber das Recht hätten zur Geltung bringen können, so würden sie nur verhindert haben, daß nicht Dritte solche Handlungen vornahmen, wodurch die Befugniß unausführbar ward. Wenn aber diese rechtswidrigen Handlungen Dritter in der Art sind, daß sie sich nicht mehr aus dem allgemeinen Gebrauchsrechte ableiten lassen, sondern eine Verletzung der öffentlichen Sache oder eine ungerechtfertigte gänzliche oder theilweise Occupation derselben herbeiführen, so kann, wie jeder Bürger, auch der Berechtigte diese Handlungen durch die verschiedenen zum Schutz der öffentlichen Sachen gegebenen Interdicte verhindern, während er selbst in seiner das allgemeine Gebrauchsrecht ebenfalls überschreitenden Befugniß in Folge der ertheilten obrigkeitlichen Concession durch Exceptionen gegen diese Interdikte geschützt ist[bb]). Dadurch konnte sich also der Berechtigte schon gegen manche Verletzungen schützen und mit einigen Interdicten schon Entschädigungen beanspruchen, ja wenn zwischen mehreren Personen Streit darüber war, wem die Concession ertheilt, wer in dieselbe succedirt sei u. s. w., so erwiesen sich diese Rechtsmittel als völlig ausreichend, indem der Richter, wenn die Interdicte gegen einen seiner Behauptung nach Berechtigten erhoben wurden, untersuchen mußte, ob ihm durch die Concession eine derartige Befugniß zustände oder nicht. — Ferner konnte der Berechtigte, wenn er schon die Ausübung seiner Befugnisse begonnen hatte, jene zum Schutz des Quasibesitz gegebene Interdicte gebrauchen, und so fehlte ihm nur noch da der Rechtsschutz, wo er seine Befugniß noch nicht benutzt hatte, er aber an der Gel-

bb) L. 2 pr. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 § 16 de flumin. 43, 12; l. 1 § 9 ne quid in flum. 43, 13; l. 3 § 4 quod vi aut clam 43, 24.

tendmachung derselben nur durch Handlungen Dritter verhindert wurde, zu denen sie kraft des allgemeinen Gebrauchsrechts seither befugt waren, wie wenn z. B. die Berechtigung erworben war, auf einem öffentlichen Flusse ausschließlich den Fischfang zu üben, nun aber andere sich davon nicht abhalten lassen wollten. Hierfür mochte jedoch die dingliche Klage ein zu wenig durchgreifendes und zu langsam wirkendes Mittel gewähren, und anstatt daß der Berechtigte gegen jeden einzelnen, der jetzt noch die ihm untersagte Handlung vornahm, Klage erhob, wird wahrscheinlich Seitens der öffentlichen Gewalt, welche die Concession ertheilte, Vorsorge getroffen sein, um dieselbe ausführbar zu machen, indem z. B. die Magistrate, vermöge ihres Rechts, Mulcten aufzulegen, jeden zuwider handelnden mit Strafe bedrohten. Und war der Berechtigte erst mal auf diese Weise in den Quasibesitz gesetzt, so bot ihm das Recht, wie erwähnt, genügende Sicherheit durch den Interdictenschutz. So mag es zu erklären sein, wenn wir niemals dingliche Klagen zum Schutz der servitutähnlichen Befugnisse an öffentlichen Sachen erwähnt finden.

Um schließlich noch die hauptsächlichsten Fälle solcher Berechtigungen von Privaten an öffentlichen Sachen, die in unsern Quellen erwähnt werden, kurz aufzuführen, so ist uns am meisten erhalten über die Berechtigungen der Einzelnen an den öffentlichen Wasserleitungen, indem einmal die römischen Juristen dies Verhältniß oft berühren[cc]), sodann aber eine eigene Schrift über die Wasserleitungen und deren Rechtsverhältnisse von einem Beamten der römischen Wasserleitungen vorhanden ist, nämlich *Sex Julii Frontini* de aquaeductibus urbis Romae liber[dd]). Wir werden noch Gelegenheit haben, auf die Rechte an den öffentlichen Wasserleitungen zurückzukommen. Ein ganz ähnliches Verhältniß konnte an öffentlichen Flüssen bestehen, wenn diesen durch die Staatsgewalt der Charakter einer öffentlichen Wasserleitung gegeben war, und damit die aus dem allgemeinen Gebrauchsrechte fließende Befugniß, soweit es ohne Beeinträchtigung der Schiffahrt möglich ist, Wasser nach Belieben aus dem Flusse zu

---

cc) So z. B. in l. 1 § 38-45 de aq. quot. 43, 20; tit. C. de aquaeductu 11, 42.

dd) Neueste Ausg. mit kritischem und sachlichem Commentar nebst Uebersetzung von *Andreas Dederichius*, Vesaliae 1841.

leiten[ee]), aufgehoben war[ff]). Weiter wird erwähnt, wie durch kaiserliche Concession die Befugniß erworben wurde, eine Wasserleitung über einen öffentlichen Weg zu führen[gg]) und während in l. 1 pr. de S. P. U. 8, 2 gesagt wird, daß auch der Luftraum über den öffentlichen Wegen frei bleiben und nicht durch Balken u. s. w. verbaut sein dürfe, wird in l. 41 § 1 de S. P. U[hh]) doch von dem Tropfenfall, der von einem Dache auf die Straße geht, und den Balken, die in dieselbe hineinragen, gesprochen, so daß auch derartige Privilegien vorgekommen sein müssen, wenn nicht ein locales Gewohnheitsrecht oder generelle Billigung der Aedilen solche Vorrichtungen gestattet hatten. Einen servitutähnlichen Charakter mochte auch das Verhältniß haben, vermöge dessen die einzelnen Privatkloaken in die öffentlichen Kloaken geleitet wurden u. s. w.

§ 31.
Servitutähnliche Rechte der Gesammtheit an Sachen von Privaten.

Wie erwähnt, gab es nach der Anschauung des römischen Rechts manche Sachen, die der Gesammtheit aller Rechtssubjecte zu eigen gehörten; daneben kommen aber auch Sachen vor, die zwar im Privateigenthum eines Einzelnen standen, woran aber die Gesammtheit ein bestimmtes Gebrauchsrecht hatte, und die daher, wie die Quellen sagen, *in usu publico* waren. Man könnte das Rechtsverhältniß derselben daher so auffassen, als ob diese Sachen mit Servituten belastet seien, deren Subject nicht ein bestimmtes Individuum, sondern, wie bei dem Eigenthum jener res communes omnium, die Gesammtheit aller Bürger sei, so daß jeder einzelne gleichsam zu einem un=

---

ee) L 10 § 2 de aq. pl. arc. 39, 3; l. 1 § 15, l. 2 de flumin 43, 12; l. 1 § 1 und 2 ne quid in flum. publ. fiat 43, 13; l. 1 § 12 de aqua quot. 43, 20; arg. leg. 13 § 7 de iniur. 47, 10.

ff) L. 17 de S. P. R. 8, 3; l. 2 de flum.

gg) L. 14 § 2 de serv. 8, 1 vgl. mit l. 5 ne quid in loc. publ. 43, 8.

hh) *Scaevola.* — Lucius Titius aperto pariete domus suae, quatenus stillicidii rigor et tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuit u. s. w.



gewissen Theile berechtigt wäre. So wenig aber bei den öffentlichen Sachen von den römischen Juristen das Eigenthumsverhältniß der Gesammtheit in seiner systematischen Stellung klar aufgefaßt oder auch nur als solches ausdrücklich bezeichnet ist, so wenig haben sie für diese in usu publico befindlichen Sachen von Privaten den Gesichtspunkt einer Servitut zu Gunsten der Gesammtheit hervorgehoben, sondern begnügen sich, die Folgen dieses Rechtsverhältnisses hinzustellen, ohne einen Versuch zu machen, dasselbe zu analysiren. Der Grund davon möchte darin zu suchen sein, daß die römische Jurisprudenz die Eintheilung ihres Systems immer auf die Klagen basirte, welche aus dem betreffenden Verhältniß hervorgehen, und daß weiter nur um dieser Klagen willen eine Systematisirung üblich war. Nun waren aber zum Schutz des usus publicus sowohl an den, auch dem Eigenthum nach öffentlichen, als an den im Privateigenthum stehenden Sachen eine Reihe von besondern Interdicten gegeben, bei denen über das Vorhandensein des usus publicus entschieden werden mußte; ferner diente die Injurienklage dazu, um die Ansprüche der Einzelnen an diesen Sachen durchzusetzen, da eine Störung in der Benutzung derselben als eine Verletzung der unmittelbar aus der Persönlichkeit fließenden Rechte und damit dieser selbst aufgefaßt wurde[a]), und endlich konnten in manchen Fällen die Magistrate vermöge ihrer Strafgewalt die Rechte der Gesammtheit unmittelbar zur Anerkennung bringen. So war die dingliche Klage, wie sie mit den Servituten verbunden war, für diese Verhältnisse ebenfalls durchaus überflüssig, und darum auch hierfür nicht ausgebildet, weßhalb dann eben, wie gesagt, der Zusammenhang derselben mit dem Servitutenrechte von den römischen Juristen nicht ausgeführt wurde.

Um die einzelnen hierher gehörigen Fälle zu nennen und dabei das Gesagte näher auszuführen, so läßt sich aus dem Corpus Juris mit Sicherheit nur ein einziges derartiges Rechtsverhältniß erkennen, nämlich das öffentliche Gebrauchsrecht an dem Ufer eines öffentlichen Flusses. Die hierher gehörigen Stellen[b]) sagen ausdrücklich, daß sich das Ufer im Privateigenthum befinde, und folgern daraus namentlich,

---

a) Arg. leg. 13 § 7 de iniuriis 47. 10.

b) § 4 J. de rer. div. II, 1; l. 5 de div. rer. 1, 8; l. 15 de acq. rer. dom. 41, 1; l. un. § 8 ut in flum. publ. 43, 14.

daß dem Eigenthümer die darauf befindlichen Bäume zustehen. Daneben wird aber ein usus publicus angenommen und eine Reihe von Handlungen genannt, die jeder zum Zweck der Schiffahrt, des Fischfangs oder der Viehtränke auf dem Ufer vornehmen darf, gleich als ob ihm für seine Person eine dahin zielende Servitut an der fremden Sache bestellt sei. Wird jemand dabei verhindert, so hat er das ausdrücklich auch hierauf gestellte Interdict *ut in flumine publico navigare liceat*[c]), und wenn dort solche Vorrichtungen getroffen werden, die das allgemeine Benutzungsrecht für die Zukunft gefährden, so hat jeder aus dem Volke das prohibitorische Interdict *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*, sowie das restitutorische *quod in flumine publico ripave eius fiat* u. s. w.[d]).

Daneben könnte man freilich noch einen andern in den Pandekten erwähnten Fall hierher beziehen. Ulpian sagt nämlich in l. 13 § 1 com. praed. 8, 4:

> Si constat, in tuo agro lapidicinas esse, invito te nec privato, nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est, nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut, si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solarium pro hoc domino praestat, ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei iure domino adimatur.

Der hier behandelte Rechtsfall läßt sich so auffassen, daß Ulpian durch Herkommen eine Servitut zu Gunsten der Gesammtheit entstehen läßt, vermöge deren jeder aus einem bestimmten Steinbruch Steine brechen kann; da nun zum Schutz eines solchen Rechts keins der zum Schutz der öffentlichen Sachen gegebenen Interdicte brauchbar wäre, so müßte jedem auch eine dingliche Klage auf Geltendmachung desselben zustehen. Dadurch, daß Ulpian nichts über die Rechtsmittel sagt, wodurch der Anspruch auf den Bezug von Steinen realisirt wird, ist es schwierig geworden, den Charakter dieses Verhältnisses zu bestimmen; uns will aber bedünken, daß hier nicht ein öffentliches

c) L. un. pr. ut in flum. publ. 43, 14.

d) L. 1 pr. und § 19. de flumin. 43, 12.

dingliches Recht vorliegt, sondern daß nur durch Herkommen mit dem Eigenthum die Last verbunden ist, gegen einen ein für alle Mal festgesetzten Preis den Ueberfluß an Steinen an jeden, der es verlangt, verkaufen zu müssen, und daß daher nicht mit einer dinglichen, sondern mit einer persönlichen Klage, und zwar einer actio in rem scripta aufgetreten werden muß. Denn wenn auch, wie wir oben im § 22 ausführten, die Ausübung einer Personalservitut (und deren Analogie müßte hier doch wohl entscheiden) möglicher Weise in der Art von der Zahlung eines Preises Seitens des Berechtigten an den Eigenthümer der belasteten Sache abhängig gemacht sein kann, daß dieselbe in lauter einzelne nur auf bestimmte Zeit gerichtete Servituten aufgelößt, und jede derselben von der Zahlung, als einer Suspensivbedingung abhängig gemacht wird, und demnach hier auch die jedem aus dem Volke zustehende Servitut, ein bestimmtes Maaß Steine zu ziehen, an die gleiche Bedingung geknüpft sein konnte — so scheint doch die Anwendung einer solchen Bedingung bei Servituten im höchsten Grade selten gewesen sein, und da in der vorliegenden Stelle ohne Weiteres Zahlung eines Grundgeldes gefordert wird, so ist es nicht wahrscheinlich, daß der Jurist jenes complicirte Verhältniß im Sinne hatte, vielmehr scheint er die Sache wie ein zweiseitiges Obligationsverhältniß aufzufassen, wo kein Theil eher die Leistung vom Gegentheil fordern kann, bis er selbst geleistet hat. Ferner ist die Beschränkung, welcher das Recht auf die Benutzung des Steinbruchs hier unterliegt, eine bei Servituten höchst ungewöhnliche, indem in den uns überlieferten Beispielen von Servitutenbildungen niemals die belastete Sache zunächst das Bedürfniß ihres Eigenthümers befriedigen muß, und dann erst dem Servitutberechtigten an dem Ueberfluß ein Recht zusteht (obgleich sich eine solche Beschränkung durch den Willen der Constituenten immer herstellen ließe), sondern umgekehrt der letztere den ersten Anspruch auf den vorhandenen Vorrath zu haben pflegt, wie denn auch weiter der Rücksicht auf die commoditas rei zu Gunsten des Herrn für den Fall der Servitut von Ulpian ein zu großer Spielraum überlassen würde. Demnach möchte ich annehmen, daß hier nur von einer mit dem Eigenthum verbundene Verpflichtung zur Veräußerung des Ueberflusses an jeden gegen einen bestimmten Kaufpreis die Rede ist, und daher nur eine persönliche Klage, eine actio in rem scripta hieraus

hervorgeht — ein Rechtsverhältniß, wie es in unserm heutigen Rechtsleben viele Analogieen findet.

Wenn nun aber auch das Corpus Juris keine weitern Fälle solcher der Gesammtheit zustehenden Rechte an Sachen von Privaten erwähnt, so wissen wir doch aus andern Schriftstellern, daß sich auf römischem Gebiete noch manche derartige Rechtsverhältnisse gebildet hatten, wie denn namentlich innerhalb Roms die öffentlichen Kloaken zum Theil unter Privathäusern fortliefen. Livius (Buch 5, Kap. 55 a. E.) erzählt, daß sie Anfangs auf öffentlichem Boden angelegt seien[e], daß aber nach dem Gallischen Brande die alten Grenzen des öffentlichen und Privatlandes nicht eingehalten seien, so daß oberhalb der Kloaken Häuser gebaut wären. Da nun das spätere Recht ein Privateigenthum an derartigen Häusern nicht bezweifelt zu haben scheint, so gestaltete sich das Verhältniß in der Weise, daß der Eigenthümer diese öffentliche Vorrichtung auf seinem Grundstück dulden mußte und in keiner Weise etwas thuen durfte, wodurch die Benutzung derselben erschwert oder gehindert wurde. Verletzte er dieselbe dennoch, so konnte gegen ihn, wie gegen jeden Dritten, das prohibitorische und restitutorische Interdict *quod in cloaca publica* u. s. w. angestellt werden[f], und außerdem werden die mit der Aufsicht über die Kloaken betrauten Beamte unmittelbar mit ihrer Strafgewalt gegen Störung haben einschreiten können.

Von einer andern Befugniß der Gesammtheit an den Grundstücken von Privaten berichtet Frontinus (de aquaeductibus c. 124 und 125), nur daß diese mehr den Charakter einer Realservitut annimmt, und nicht sofort jeden aus dem Volk zur Ausübung ermächtigt, sondern zunächst einer bestimmten der Gesammtheit zustehenden Sache zu Gute kommen soll und darum nur von dem geübt werden kann, der den Ertrag auf diese Sache verwenden darf. Dort wird nämlich von einem Senatus-Consult erzählt, wonach die mit

---

e) Und dies ist auch um so wahrscheinlicher, als wir durch Frontinus (de aquaeductibus c. 128) erfahren, daß auch die öffentlichen Wasserleitungen stets auf öffentlichem Boden geführt und darum nicht nur das unmittelbar durch dieselbe berührte Land, sondern auch die zunächstliegenden Stücke vom Volke angekauft sein.

f) L. 1 § 15 de cloacis 43. 23. Ueber das Interdict vergl.: Schmidt von Ilmenau in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. 15 S. 51—89 1850

Herstellung bestimmter Wasserleitungen Beauftragten für alle Zeiten ermächtigt werden, aus den Privatgrundstücken das nöthige Material zu entnehmen, und um solches an Ort und Stelle bringen zu können, sollen ihnen actus und itinera über alle Grundstücke offen stehen. Wenn dafür auch eine durch Schätzung festzustellende Entschädigung bezahlt werden sollte, so gab das dem Verhältniß doch keineswegs den Charakter einer bloßen Verpflichtung des Eigenthümers zum Abschluß eines Kaufgeschäfts, sondern jenes Senatusconsult gewährt ein unmittelbares dingliches Recht an den Grundstücken, zu dessen Schutz es aber keiner dinglichen Klage bedurfte, da die Magistrate mit ihrer Befugniß zur Auflegung von Multen und mit ihrer Militärgewalt jeden Widerstand ohne richterliche Hülfe beseitigen konnten.

Schließlich müssen wir noch auf ein Verhältniß unser Augenmerk richten, welches uns so oft in den Schriften der Agrimensoren entgegentritt, und welches nicht nur eine solche Berechtigung zu Gunsten der Gesammtheit zu gewähren scheint, sondern welches dort auch grade unter den Gesichtpunkt einer öffentlichen Servitut gebracht wird. Wir begegnen dort nämlich sehr häufig Sätzen, wie: omnes limites secundum legem colonicam itineri publico *servire* debent[g]), oder *iter populo* sicut per viam publicam *debetur*[h]), und zwar wird dies von einzelnen limites gesagt, die doch nach unserer Ausführung in der Einleitung (§ 1) zur allgemeinen Benutzung bestimmt waren. Ja es wird uns erzählt, daß nach der lex Sempronia, Cornelia, Julia in sämmtlichen grachischen, cornelischen und julischen Kolonieen alle actuarii, als die Hauptstraßen der Kolonie, in solcher Weise dienen sollten, und in den uns überlieferten italischen Landregistern wird fast bei jeder Gemeinde bemerkt: iter populo debetur, oder: iter populo non debetur[i]). Die Bedeutung dieser Bezeichnungen ist aber folgende:

Neben den res publicae, welche zum Gebrauch aller derer bestimmt waren, die überhaupt volle Rechtsfähigkeit genossen, also aller cives, und die, wie schon ausgeführt, im Gesammteigenthum dieser aller, des populus standen, kamen auch solche vor, die nur für den

---

g) Frontin. de controvers. Schriften der Feldmesser S. 24.
h) Hyginus Gromaticus de limitibus constituendis, daselbst S. 169.
i) Libri Coloniarum, daselbst S. 209—262.

Gebrauch einer geschlossenen Anzahl von Personen bestimmt waren, und daher in derselben Weise in dem Gesammteigenthum dieser standen, wie die res publicae in dem aller cives. So mochte es früher Sachen zum Gebrauch aller Mitglieder einer Gens gegeben haben, so war auch später noch das Verhältniß der Sachen, welche bei Gründung einer mit selbständiger Verfassung versehenen Kolonie der allgemeinen Vertheilung entzogen und dem gemeinen Gebrauch aller Angehörigen vorbehalten waren. Nur wer dieser Kolonie angehörte, hatte ein Recht auf Benutzung der zu Wegen bestimmten limites, und nur er hatte die Befugniß wegen Verletzung derselben die Strafklagen anzustellen[k]). Daneben gab es aber auch viae publicae, die in dem Eigenthume des populus standen, von ihm angelegt und von seinen Beamten erhalten wurden[l]). So wird uns von den großen Heerstraßen, den viae regales, wie der via Appia berichtet, und sie durften, auch wenn sie durch das Gebiet liefen, welches einer Kolonie überwiesen war, nicht mit assignirt werden[m]). Zwischen diesen beiden Arten von Wegen standen nun die, welche als dienstbar dem Volke bezeichnet werden. Sie waren nicht auf Kosten des römischen Staats und durch diesen angelegt, sondern sie entstanden bei Gelegenheit der Vermessung der Kolonie, und ihre Richtung und Lage wurde lediglich durch die Vermessungsregeln bestimmt, so daß sie ihrem Ursprung nach daher durchaus den Kolonialwegen gleich waren. Allein das Gesetz, welches die Kolonie schuf und die näheren Bedingungen für dieselbe festsetzte, hatte dem Volke die Benutzung daran vorbehalten, und dieses Verhältniß wurde demnach unter den Gesichtspunkt einer Servitut zu Gunsten des Volks gebracht. Der eigentliche Zweck dieses Instituts war aber wohl nicht der, daß man so den einzelnen jener Kolonie nicht angehörenden Bürgern die Möglichkeit erwerben wollte, jene Wege auch zu benutzen, denn dies wird ihnen, wenn einmal doch die Wege vorhanden waren, von der Kolonie nicht verwehrt sein; sondern die Staatsgewalt wollte den Weg namentlich als Heerstraße im eigentlichen Sinne des Worts für

k) Vgl. Lex Mamilia K. LIV. Schriften der röm. Feldm. Bd. I. S. 264 (im vorigen Paragraphen Anm. f S. 272).

l) Siculus Flaccus de cond. agror. Daselbst S. 146.

m) Derselbe S. 157. (Vgl. § 1 Anm. c. S. 4).

Staatszwecke nutzbar erhalten, und weiter dahin wirken können, daß jene limites stets in einem Zustand waren, daß sie auch zu diesem Zwecke benutzt werden konnten. Namentlich galt das von der Breite solcher Wege, welche in der lex coloniae festgesetzt zu werden pflegte[n]), wie darin auch Anlegung von Abzugsgräben an den Seiten der Wege vorgeschrieben sein konnte[o]). Wenn demnach auch dadurch, daß die limites itineri publico serviunt, jeder cives vermöge seines Bürgerrechts ein Recht auf diesen Weg erhielt, so war doch das Verhältniß in seiner Hauptrichtung und seinem eigentlichen Zwecke nach staatsrechtlicher Natur und hing mit der eigenthümlichen Stellung der Kolonien und Municipien zu dem populus, als der Gesammtheit aller berechtigter Subjecte zusammen. Als die kaiserliche Gewalt mehr consolidirte, und der Begriff des Staatseigenthums unter der Verwaltung des Staatsoberhaupts an die Stelle des Begriffs vom Gesammteigenthum aller zum Staate gehörigen Personen trat, und als auch die Verfügung über die Sachen der Kolonien und Municipien vermöge der im römischen Reiche zur Geltung gelangenden Centralisation immer mehr dem Kaiser und seinen Beamten anheimfiel, da verlor jenes Institut der Popularservitut seine Bedeutung, und wenn auch die Lehre davon in den alterthümlichen Schriften der Agrimensoren in Gemäßheit des darin herrschenden Handwerksgeistes stereotyp aufbewahrt wurde, so finden wir doch im Corpus Juris keine Spur davon.

Um das Gesammtresultat dieser beiden Paragraphen zusammenzufassen, so gab es sowohl an öffentlichen Sachen Rechte Privater, wie an Sachen von Privaten Rechte der Gesammtheit, welche ihrer Natur und Erscheinung nach durchaus den Servituten gleichen, von der römischen Jurisprudenz diesen aber um deswillen nicht beigezählt wurden, weil die Servitutenklage sich bei ihnen als unanwendbar erwies.

---

n) *Hyginus* de limitibus, Schriften der röm. Feldmesser S. 111.

o) Lex *Mamilia* etc. K. LIV. Daselbst S. 263. Vgl. Rudorff, gromatische Institutionen § 40. Daselbst Bd. II. S. 349.

§. 32.

Das Precarium an einzelnen Eigenschaften der Sache.

Den Servituten stellt sich in der äußern Erscheinung das Verhältniß ganz gleich, welches entsteht, wenn der Eigenthümer die Benutzung einzelner Eigenschaften seiner Sache, wie sie den Gegenstand von Servituten zu bilden pflegen, einem Dritten auf sein Ansuchen, precario, gestattet. Aber nur die äußere Erscheinung, das Handeln auf fremdem Grund und Boden oder mit der fremden Sache ist in beiden Verhältnissen dasselbe, sonst unterscheidet sich ein solches Precarium eben so sehr von der Servitut, wie das auf die Ueberlassung sämmtlicher Eigenthumsbefugnisse, oder mit andern Worten, auf Ueberlassung der ganzen Sache gerichtete Precarium sich vom Eigenthum unterscheidet; in beiden Fällen fehlt das wesentlichste Erforderniß, das dingliche Recht. Es ist daher auch ungenau, daß man, während man nie von der precären Ueberlassung des Eigenthums, sondern immer nur von der des Besitzes oder der Sache selbst redet, doch von der precario constituirten Servitut oder dem Precarium an einem Rechte spricht[a]). Allein der Grund davon liegt darin, daß man zur Bezeichnung des Umfanges jenes, auf alle im Eigenthum enthaltenen Befugnisse gerichteten Precariums nur die ganze Sache als die Trägerin aller dieser Befugnisse zu nennen braucht und daher von einem Precarium an dem Hause sprechen kann, daß man aber da, wo nur eine einzelne Befugniß den Inhalt des Precariums bildet, diesen nicht leichter und kürzer bestimmen kann, als wenn man sich auf die bekanntere und mehr übliche Servitut bezieht, welche dieselbe Eigenschaft zum Gegenstand hat, und anstatt zu sagen: das Precarium an der Eigenschaft, welche durch

---

a) Und auch die römischen Juristen thuen das, wie Pomponius, wenn er in l. 15 § 2 de precario 43, 26 sagt:

> Precario habere etiam ea, quae in iure consistunt, possumus, ut immissa vel protecta.

oder Ulpian in l. 2 § 3 daselbst:

> Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat.

eine Wasserleitungsservitut verliehen sein würde, schlechtweg von einem Precarium an einer Wasserleitungsservitut redet.

Der äußern gleichen Erscheinung wegen theilt jedoch das Precarium an einer einzelnen Befugniß mit den Servituten alle die Folgen, welche schon an die äußere Erscheinung derselben geknüpft sind, oder mit andern Worten, wer in Folge eines solchen Precarium bestimmte Eigenthumsbefugnisse ausübt, wird in derselben Weise gegen Störungen in der Ausübung Seitens derer, von denen das Precarium nicht ertheilt ist, geschützt, als ob er kraft einer Servitut handle, und demgemäß kann man sagen, der Precarist befinde sich im Quasibesitz einer Servitut. Deßhalb stehen ihm da, wo dieser durch Interdicte geschützt ist, solche unter denselben Bedingungen zu; wo sie aber fehlen, wie das nach der herrschenden Ansicht für das römische Recht hinsichtlich der meisten Realservituten der Fall sein soll, hat er auf eigenen Namen keinerlei Schutz zu erwarten, sondern nur der, von dem sein Precarium stammte, kann wegen Besitzstörung in der Person seines Stellvertreters Klage erheben.

Das Precarium berührt auch noch in einer andern Weise das Servitutenrecht, indem nicht nur Seitens des Eigenthümers eine prekäre Ueberlassung einer Eigenschaft der Sache geschehen kann, sondern auch Seitens des Servitutberechtigten, aber natürlich nur da, wo eine Ueberlassung der Servitut an andere überhaupt möglich ist. Demnach kann der Realservitutberechtigte oder der Innehaber eines Usus ein solches Precarium nur dem Eigenthümer der belasteten Sache gestatten, da er ja nur diesem die durch die Servitut erworbene Eigenschaft möglicher Weise übertragen kann, und dann übt der Eigenthümer einstweilen sein volles Eigenthum aus, bis auf die Rückforderung des Berechtigten, der nöthigen Falls ein interdictum de precario zur Seite steht, die Servitut in alter Weise wieder auflebt. So stellt Papinian es in l. 17 comm. praed. 8, 4 dar:

> Ceterum si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur, et interdicto, *quod precario habet*, utiliter cum eo agetur. Quod si donationis causa permiseris, et interdicto agere non poteris, et servitus donatione tollitur.

Daß der Usufructuar in derselben Weise dem Eigenthümer der dienenden Sache den Ususfruct überlassen kann, ist unzweifelhaft, und es ist schon deßhalb unrichtig, wenn Puchta (Pandecten § 139 Anm. b) sagt, vom interdictum de precario könne zum Schutz des Quasibesitzes eines Ususfructs nie die Rede sein, da der Usufructuar deßhalb nicht den juristischen Besitz übertragen könne, wie solcher für den Precaristen bei Anwendung dieses Interdicts vorausgesetzt werde, weil er ja nicht das Recht selbst übertragen könne. Wie aber unserer Ansicht nach das römische Recht in seiner späteren Entwickelung zu einer Uebertragbarkeit des Ususfructes an dritte auch dem dinglichen Rechte nach gelangte, haben wir oben (§ 27) ausgeführt, und demnach müssen wir nicht bloß ein Precarium an dem persönlichen Rechte auf Gestattung der Ausübung, wie das schon das frühere römische Recht kannte[b]), sondern auch an dem dinglichen Rechte selbst zulassen. Das hat aber in so fern praktische Folgen, als nunmehr dem Precaristen, wenn ihm in dieser Weise das dingliche Recht übertragen ist, zum Schutze des Quasibesitzes alle possessorischen Rechtsmittel zustehen, als ob er einen für seine Person errichteten Ususfruct besitze, während er in jenem ersten Falle nur gleichsam eine Detention des Ususfructs in fremdem Namen hat, und daher aus eigenem Namen keine Besitzklagen anstellen kann. Dann stehen diese eben dem eigentlichen Usufructuar zu, dem dagegen das interdictum de precario fehlt, wie Puchta a. a. O. mit Recht ausführt, da die Grundlage desselben Besitz beim Precaristen und Fehlen eines juristischen Bandes zwischen diesem und dem Concedenten ist[c]), hier aber das Precarium nur an einem persönlichen Rechte gegen denselben Concedenten besteht.

§. 33.
Verhältniß der Servituten zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums an einem Grundstück zu Gunsten eines benachbarten Grundstücks, (den sogen. gesetzlichen Servituten).

Mit dem Eigenthum einer Sache verbindet das Recht häufig aus Gründen der Politik bestimmte Lasten, die dem Innehaber die Verpflichtung auferlegen, entweder

b) L. 12 § 2 de usufr. 7, 1.
c) L. 14, l. 2 § 3, l. 15 de precario 43, 26.

1) dem Staate oder Privaten gewisse Leistungen zu machen, wie z. B. Abgaben zu zahlen, Wassergräben rein zu halten[a]), unter gewissen Bedingungen Land zu einem öffentlichen Wege herzugeben[b]), unter andern Bedingungen Privaten eine Wegegerechtigkeit zu bestellen[c]), — oder

2) seitens dritter die Vornahme gewisser auf seine Sache einwirkender Handlungen zu dulden, wie daß der Nachbar in bestimmten Zeitabschnitten die übergefallenen Früchte abhole[d]), daß dieser nach vergeblich geschehener Mahnung die beschattenden Baumzweige selbst abhaue und das Holz für sich behalte[e]), daß dieser Hindernisse, die auf dem fremden Grundstück durch Zufall entstanden sind, und den herkömmlichen Wasserlauf unterbrechen, beseitigen dürfe[f]), daß diesem auch solche Handlungen auf seinem Grundstück vorzunehmen gestattet sei, wodurch Rauch, Staub u. s. w. auf das benachbarte Grundstück dringen, wenn solche nur in den Schranken bleiben, ohne die eine sachgemäße Eigenthumsausübung nicht möglich ist[g]), — oder

3) sich selbst gewisser Handlungen, die physischen Gesetzen nach an seiner Sache möglich sind, zu enthalten, wie daß er nicht solche Baulichkeiten errichte, welche den Luftzug der Tenne des Nachbars verhindern[h]), daß er keine Vorrichtungen mache, welche den natürlichen Lauf des Regenwassers hindern[i]) u. s. w.

Es versteht sich, daß nur die beiden letztern Klassen eigentliche Beschränkungen des Eigenthums sind, indem die erstere, welche die Verpflichtung zu positiven Handlungen auflegt, keine der aus dem Eigenthum fließenden Befugnisse mindert oder aufhebt, sondern um des Eigenthums willen die Persönlichkeit des Eigenthümers verpflichtet, so wie daß deßhalb nur bei den beiden letztern Klassen der Anspruch auf diese Eigenthumsbeschränkung denselben Charakter,

---

a) L. 2 § 4 de aqua et aq. pl. arcendae 39, 3.
b) L. 14 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.
c) L. 12 pr. de relig. 11, 7.
d) L. un. de glande legenda, 43, 28.
e) L. 1 de arbor. caedend. 43, 27.
f) L. 2 § 5 et 6 de aq. pluv. arc. 39, 3.
g) L. 8 § 5—7 si serv. vind. 8, 5.
h) L. 14 § 1 C. de serv. 3, 34.
i) Tit. D. de aqua et aq. pluv. arc. 39, 3.

wie die Servitut haben kann, und eben auch nur, soweit sie nicht im öffentlichen Interesse, sondern lediglich zu Gunsten des benachbarten Grundstücks aufgestellt ist, so daß sie durch Dispositionen der Betheiligten aufgehoben werden kann. In dieser Weise sind die oben unter 2 und 3 aufgeführten Beispiele.

Es läßt sich nicht leugnen, daß diese von älteren Juristen sehr häufig als Legalservituten bezeichneten Eigenthumsbeschränkungen ebenso wie die Servituten einen Nichteigenthümer ermächtigen, die Eigenschaften fremder Sachen durch eigene positive Handlungen oder durch Verhinderung fremder Handlungen zu benutzen, daß sie ferner, wie die Realservituten, ein Recht verleihen, welches mit dem Eigenthum eines andern und zwar des Nachbargrundstücks untrennbar verbunden ist, und daß man daher, da die Entstehung durch gesetzliche Vorschrift so wenig mit dem Charakter einer Realservitut unverträglich sein sollte, wie mit dem eines Ususfructs, der doch nach der Meinung Aller, ohne seine Natur zu verändern, ein gesetzlicher sein kann, diese Eigenthumsbeschränkungen der völlig gleichen Structur wegen dem Gebiete der Realservituten zuweisen könnte. Wenn dies dennoch nicht von den römischen Juristen geschieht[k]), und sich auch nach der Anlage des römischen Systems nicht empfiehlt, so müssen wir an das in § 31 Ausgeführte erinnern, wonach die aus einem Rechtsverhältnisse fließende Klage der einzige Faktor ist, welcher nach römischer Anschauung den Charakter eines Rechts bestimmt. Diese ist aber in den einzelnen der oben angeführten Fälle eine ganz verschiedene.

So war zur Einhaltung der mehreren dem Eigenthümer hinsichtlich des Ablaufs von Regenwasser auferlegten Verpflichtungen schon durch die 12 Tafeln eine Klage gegeben, die gleichmäßig in den drei verschiedenen oben erwähnten Fällen anwendbar war[l]).

---

k) Der Ausspruch Ulpians in l. 1 § 23 de aq. pluv. arc.:

si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam, et semper inferiorem superiori servire

steht durchaus allein, und braucht servire auch nicht in dem technischen Sinne für servitutem debere. Denn sonst würde zum Schutz dieser von der Natur auferlegten Servitut nicht eine persönliche Klage gegeben werden.

l) Da diese Regelung des Wasserlaufs nur zu Gunsten des Ackerbaus ge-

Daher konnte ihre Intention denn auch nicht die einer dinglichen Klage sein, da sie ja nicht bloß das Recht schützte, vermöge dessen der Nachbar keine Aenderungen vornehmen durfte, oder vermöge dessen er die Reparatur des Klägers dulden mußte, sondern auch den persönlichen Anspruch an den Nachbar, die Abzugsgräben rein zu halten. Und da auf solche Weise eine persönliche Klage, wenn auch eine actio in rem scripta, die Eigenthumsbeschränkungen schützte, welche den Wasserlauf betrafen, so galt das dadurch erworbene Recht überhaupt als ein persönliches, und ist ihm denn auch demgemäß in dem Pandectensystem seine Stellung angewiesen. Aehnlich verhielt es sich mit der Befugniß, auf des Nachbars Grundstück den Ueberfall zu sammeln, oder die von dort überhängenden Zweige zu kappen. Um ein schnell wirksames Rechtsmittel zu schaffen, gab der Prätor eigene Interdicte *de glande legenda*, und *de arboribus caedendis*, welche jede andere Klage überflüssig machten, so daß auch hier der Charakter eines dinglichen Rechts nicht zur Ausbildung kam.

Andere gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums zu Gunsten des Nachbargrundstücks faßten die Römer aber nicht sowohl als eine Loßtrennung einer natürlichen Eigenschaft von ihrer Sache und als eine Uebertragung auf die benachbarte auf, wie das bei den Servituten der Fall ist, sondern sie verfuhren so, als ob durch die Natur zwar die physischen Grenzen der Grundstücke, aber nicht die jedem Eigenthümer zustehenden Befugnisse genau und scharf geschieden sein, und als ob daher diese Vorschriften nur eine Fixirung der jedem Theile von Natur zukommenden bezweckten. Daß jemand Feuer auf seinem Grundstück machen dürfe, galt als ein wesentliches Erforderniß einer gehörigen Benutzung, und da damit fast immer das Recht des Nachbars auf den über seinem Grundstück belegenen Luftraum verletzt, und dieser durch den entstandenen Rauch beschädigt werden konnte, so collidirten zwei Rechte mit einander. Diese Collision suchte das Recht auszugleichen, indem es ein mäßiges Feuer gestat-

---

schehen war, so war die actio aquae pluviae arcendae auch nur da zulässig, wo ein fundus beeinträchtigt wurde, und demgemäß waren zum Schutz eines aedificium die confessorische oder negatorische Klage anzustellen, und damit fielen, sobald es sich um solches handelte, jene eigenthümlichen Vorschriften weg. L. 1 § 17, 19 et 20 de aq. pluv. arc. 39, 3.

tete, ein solches aber, wie es zum gewöhnlichen Wirthschaftsgebrauch nicht gehörte, verbot, und daß es damit nur den Umfang des Eigenthums abgränzen wollte, erkennen wir aus der Darstellung Ulpians in l. 8 § 6 si serv. vind. 8, 5:

> Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo Lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere; et ait, magis non posse agi, sicut agi non potest, ius esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare.

Darnach war also die Frage entstanden, ob man das Klag-Petitum dahin stellen könne, daß einem das Recht zugesprochen werde, auf seinem Grundstück nach Belieben einen mäßigen Rauch zu machen und damit natürlich auch das, denselben in die fremde Luftsäule zu immittiren. Eine solche Klage mußte möglich sein, wenn das fragliche Recht als ein dingliches Recht an der fremden Sache aufgefaßt wäre; Pomponius erklärt sie aber für unzulässig und stellt sie ganz mit der gleich, wo ein Eigenthümer Anerkennung des Rechts verlangte, daß er auf seinem Grundstück sitzen, oder sich waschen dürfe; denn von solchen Klagen, die nicht das ganze Eigenthum, sondern nur einzelne aus demselben fließende Befugnisse betrafen, kannte das römische Recht nur die Negatorienklage, und deßhalb mußte in jenen Fällen die Intention lauten, es stehe dem Verklagten nicht zu, dem klagenden Eigenthümer das Sitzen u. s. w. zu untersagen, oder in unsem Falle, es stehe jenem nicht zu, den Kläger daran zu verhindern, daß er einen mäßigen Rauch mache. Demnach also wurde das Recht auf einen solchen Uebergriff in die Rechtsphäre des Nachbars als ein reiner Ausfluß des eigenen Eigenthums angesehen und, da also die Eigenthums- nicht die Servitutenklage denselben schützte, auch der dafür immerhin mögliche Gesichtspunkt einer Servitut nicht ausgebildet.

Für andere Beschränkungen des Grundeigenthums zu Gunsten des Nachbargrundstücks fehlen uns ausdrückliche Angaben über die Klagen, durch welche sie realisirt werden, und so wissen wir nicht, ob mit einer confessorischen, oder negatorischen Klage das Recht durchgefochten wurde, wonach bei Wiederherstellung von Gebäuden jede Veränderung der alten Form und Einrichtung verhindert werden

konnte, sobald diese dem Nachbar Licht oder Luft entzog[m]), oder das erst von Justinian eingeführte, wonach man Aufführung von Gebäuden u. s. w. untersagen konnte, wenn dadurch der Luftzug der eigenen Tenne verbaut wurde[n]). Allein in Gemäßheit der Analogie des eben behandelten Falles müssen wir auch hier wohl annehmen, daß der Nachbar mit einer Negatorienklage auftrat und das Recht des Verklagten, solche Bauten vorzunehmen, in Abrede stellte. Das Resultat ist also auch hier, daß manche der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen ein Recht an einer fremden Sache schaffen, welches seiner innern Structur nach durchaus den Servituten gleich ist, welches aber um deswillen in dem System der römischen Juristen diesen nicht zugezählt wird, weil es nicht durch die Servitutenklage geschützt ward.

§. 34.

Verhältniß der Servituten zu den übrigen dinglichen Rechten an fremden Sachen.

Das römische Recht kennt noch andere dingliche Rechte, welche einem Nichteigenthümer die Befugniß verleihen, unmittelbar mit einer fremden Sache bestimmte Handlungen vorzunehmen, und wir haben unsere Aufgabe daher nicht gänzlich gelößt, und die Servituten nicht nach allen Seiten hin charakterisirt, wenn wir nicht auch noch wenigstens kurz auszuführen versuchen, worin der principielle Unterschied zwischen ihnen und diesen andern Rechten, dem Pfandrecht und den durch Emphyteusis oder Superficies verliehenen dinglichen Rechten besteht.

---

m) L. 11 pr. de S. P. U. 8, 2; l. 12 § 1, l. 13 C. de aed. priv. 8, 10.

n) Hinsichtlich der gewöhnlichen Behauptung, daß man eine Ausweichung der Mauer des Nachbars in seinen Luftraum bis zu einem Fuße dulden muß, möchte ich mit Sintenis prakt. Civilr. I. S. 477 annehmen, daß die l. 17 pr. si serv. vind. 8, 5 den halben Fuß nur beispielsweise nennt, und man auch bei kleinern Ausweichungen negatorisch klagen könne, um so mehr, als ein Bedürfniß zu einer solchen Eigenthumsbeschränkung in einem Rechte nicht vorhanden sein möchte, welches gebot, die Gebäude nicht unmittelbar an die Grenze zu setzen. (L. 14 de S. P. U. 8, 2; l. 13 fin. regund. 10, 1 u. a. a. O.)

Man glaubt sehr häufig nach dieser Seite hin genug gethan zu haben, wenn man darauf besonders Gewicht gelegt hat, daß die Servitut stets entweder untrennbar mit dem herrschenden Grundstück verbunden, oder an die Lebensdauer des berechtigten Subjects geknüpft ist, und findet darin schon eine scharfe Abgränzung von den übrigen dinglichen Rechten. Allein wenn diese Erscheinungen der Regel nach auch nur bei den Servituten vorhanden sein werden, so läßt sich doch nicht nur eine Emphyteusis und Superficies so construiren, sondern sogar ein Pfandrecht ist in der Weise denkbar, daß dem Pfandgläubiger nur für seine individuelle Person die Ausübung gestattet ist. Sein Tod, die Cession desselben an einen Dritten, ja selbst Veräußerung eines andern, ihm seither zustehenden Grundstücks können als die Resolutivbedingungen bestimmt sein, welche das ganze Pfandrecht sofort aufheben sollen[a]). Demnach können die genannten Eigenschaften der Servituten allein durchaus nicht einen principiellen Unterschied derselben von den übrigen dinglichen Rechten begründen.

Hinsichtlich des Pfandrechts wird sich jedoch ein solcher sofort darbieten, wenn wir nur auf den an die Spitze unserer Ausführungen gestellten Satz zurückgehen, wonach die Servituten nicht die körperliche Sache zu ihrem Objecte haben, sondern nur eine einzelne scharf umgrenzte Eigenschaft derselben, die zu diesem Zwecke als eine eigene Sache, als eine res, quae in iure consistit, fingirt wird. Das Pfandrecht dagegen, soweit es körperliche Sachen betrifft, und soweit daher von einer Aehnlichkeit mit den Servituten die Rede sein könnte, hat aber immer ein und dasselbe Object mit dem Eigenthume und umfaßt, wie dieses, die ganze körperliche Sache, weßhalb es denn auch da, wo es ausgeübt wird, zu einer Aufhebung des jetzigen Eigenthums führen und das ganze rechtliche Schicksal der Sache zu einem andern machen kann, während zwischen der an einer Sache bestehenden Servitut und dem Eigenthum über dieselbe gar kein weiterer innerer Zusammenhang stattfindet, als daß die Objecte beider Rechte in demselben Körper zusammentreffen. Wohl ist der Pfandgläubiger, wie der Innehaber einer Servitut, zu einer „einzelnen

---

a) Da nach l. 6 pr. quib. mod. pignus solvitur 20, 6 das Pfandrecht durch bloßen Zeitablauf erlöschen kann, so wird auch eine zugefügte Resolutivbedingung ipso iure wirken.

Eigenthumsbefugniß" ermächtigt, ja er hat auch wie dieser ein „Gebrauchsrecht an der Sache", indem er sie zur Befriedigung seiner Forderung in einer bestimmten Weise gebrauchen kann, aber diese Weise ist so, daß das Recht nur einmal geübt werden kann und durch diese einmalige Uebung nicht nur sich, sondern auch das Recht des dermaligen Eigenthümers vernichtet, während die Servitut eine dauernde immer gleiche Benutzung möglich macht, ja sie sogar niemals so construirt werden kann, daß sie durch eine einmalige Ausübung nothwendig untergehen muß[b]). Also darin, daß die Servitut immer nur über eine einzelne Eigenschaft der Sache die Herrschaft, aber dann auch die definitive Herrschaft ertheilt, dagegen die übrigen Eigenschaften unberührt läßt, unterscheidet sie sich von einem an dieser Sache haftenden Pfandrecht.

Weniger auffallend tritt der Unterschied zwischen den Servituten und einem andern dinglichen Rechte, dem durch die Emphyteusis verliehenen, zu Tage, und hat man deßhalb auch schon oft geleugnet, daß irgend welcher im Wesen der beiden Begriffe begründeter Unterschied vorhanden sei, und die systematische Trennung von Emphyteuse und Servituten lediglich aus historischen Gründen erklären wollen. Allein gleichwohl glaube ich, daß eine durchgreifende Verschiedenheit nicht nur hinsichtlich des Umfangs, den möglicher Weise diese Rechte haben können, sondern hinsichtlich ihrer ganzen Construction nachgewiesen werden kann, und zwar ergiebt sich dieses meines Erachtens dadurch, daß die Emphyteusis ebenfalls nicht eine einzelne Eigenschaft ergreift, wie die Servituten, sondern die ganze körperliche Sache zu ihrem Objecte hat. Die Lehre von der rechtlichen Natur der Emphyteuse hat in neuerer Zeit, seitdem von Savignys Lehre vom Besitz sie zuerst wieder angeregt hat, so mannigfache und gründliche Erörterungen erfahren, daß eine erschöpfende Behandlung der hier einschlagenden Streitfragen fast einer eigenen Monographie bedürfte und auf jeden Fall den uns hier zugemessenen Raum, wo sie doch immer nur als eine Nebenfrage erscheint, bei Weitem überschreiten würde. Man entschuldige es daher, wenn wir unsere Ansicht,

---

b) Vgl. für die Realservituten den von dem Erforderniß der perpetua causa handelnden § 17 und für die Personalservituten das in § 22 am Ende Gesagte.

die aus unserer seither dargelegten Auffassung der Servituten mit Nothwendigkeit hervorgeht, nur kurz und ohne ausdrückliche Erwähnung aller hierüber aufgestellten Behauptungen anzudeuten versuchen und auch nur soweit, als sie zur Erklärung der Servitutenlehre dienen kann, indem wir hoffen, einst anderswo Gelegenheit zur Ergänzung und weitern Ausführung zu finden. Da der Usufruct von allen Servitutenbildungen des römischen Rechts den größten Umfang an Befugnissen verleiht, und deßhalb bei ihm zuerst von einer Aehnlichkeit mit der Emphyteuse die Rede sein kann, so werden wir ihn im Nachfolgenden vorzugsweise benutzen, um ihn der Emphyteuse entgegenzusetzen und daran die Differenzpunkte nachzuweisen.

Ich habe gesagt, die Emphyteusis habe die ganze körperliche Sache zu ihrem Gegenstande. Hierauf weißt schon die Geschichte dieses Instituts hin. Denn indem es aus dem Pachtvertrage hervorgegangen ist, durch welchen der Eigenthümer die zeitweilige Benutzung der Sache und also die Ausübung seines Eigenthums zu gestatten verspricht, gewährt sie einen dinglichen Anspruch auf alles das, worauf man bei dem einfachen Miethgeschäft nur ein Forderungsrecht an den Verpächter hat, so daß also der Emphyteuta ein dingliches Recht auf die Ausübung des Eigenthums hat. Ein dingliches Recht auf die Ausübung eines andern dinglichen Rechts ist aber, wie wir schon mehrmals zu bemerken Gelegenheit hatten [vgl. §. 5 S. 51; § 27 S. 226], so lange es besteht, durchaus dem auszuübenden dinglichen Rechte selbst gleich, und so sind Emphyteusis und Eigenthum von derselben innern Structur. Wenn es aber dennoch nicht als **dominium** sondern als **ius in re aliena** in den Quellen behandelt wird, und so im System der römischen Jurisprudenz den Servituten gleichgestellt ist, so ist das seiner äußern Erscheinung wegen geschehen, die manches Analoge in der Servitutenlehre findet. So kann der Emphyteusis ganz abweichend vom Eigenthum von vorne herein ein Endtermin beigefügt werden, ja sie kann sogar, wie der Usufruct, an die Lebensdauer des ersten Erwerbers geknüpft sein[c]); so behält neben der Emphyteusis immer das Eigenthum an derselben Sache eine durchaus selbständige Stellung, und wenn jene erlöscht, vereinigen sich die in ihr enthalten gewesenen Befugnisse stets wieder ebenso mit dem Eigen-

c) L. 3 C. de iure emphyt. 4, 66; nov. 7. c. 3.

thum, als ob sie Gegenstand einer Servitut gewesen sein — alles aber Momente, die das emphyteutische Recht nicht etwa aus der Servitutenlehre herübergenommen hat, sondern zu denen es ganz selbständig in Folge seiner Entwicklung aus dem Pachtvertrage gelangt ist.

Auch ist diese Stellung zum Eigenthum nur äußerlich eine gleiche, und gerade sie zeigt vielmehr die Richtigkeit der oben aufgestellten Behauptung. Bei der Bestellung eines Usufructs will der Eigenthümer nicht die ganze körperliche Sache dem Usufructuar veräußern, sondern nur die Eigenschaft derselben, vermöge deren sie diesem Fruchtgenuß zu gewähren vermag, und darum bleibt seine Herrschaft über den Körper der Sache unverändert, nur daß er sie nicht weiter ausüben darf, als dies ohne Beschädigung der neugebildeten unkörperlichen Sache geschehen kann. Was die köperliche Sache daher producirt, wird sein eigen, nur daß er dulden muß, daß der Servitutberechtigte es als Product seiner unkörperlichen Sache in Anspruch nimmt, oder mit andern Worten, letzterer erwirbt die Früchte nur durch Perception, während die durch Unberechtigte oder zufällig separirten Früchte zunächst nach wie vor vom Eigenthümer, kraft seines Eigenthums über den Körper der Sache, erworben werden[d]. Dagegen erwirbt der Emphyteuta alle Früchte unmittelbar durch Separation[e]), und also hat der Eigenthümer darauf, so lange die

d) Vgl. § 5 S. 44 und die dort aufgeführten Beweisstellen. Hieran vermag auch der Wille der Constituenten nichts zu ändern, indem die Verabredung, daß die Früchte schon immer mit dem Moment der Separation dem Usufructuar gehören sollen, sich als ein Vertrag über das Eigenthum an körperlichen Sachen herausstellen würde, der bekanntlich nur dann das dingliche Recht zu übertragen vermag, wenn Tradition, und wenn auch nur eine **traditio brevi manu** hinzukommt, d. h. aber, es ist auch dann noch Perception Seitens des Usufructuars nöthig, und daher solcher Vertrag nach dieser Seite hin durchaus unwirksam.

e) L. 25 § 1 de usuris 22, 1. *Julianus* — **Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea, quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? Quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint,** *sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simulatque a solo separati sunt.*

Emphyteusis besteht, auch wenn der Emphyteuta sie gar nicht benutzt, eben so wenig einen Anspruch, als ob sie von einer ihm ganz fremden Sache producirt sein. Und was in den Quellen von den Früchten gesagt wird, das wird man analog auch auf einen andern Ausfluß des Eigenthums, auf das Recht, die Sache zu gebrauchen, anwenden müssen, welches ebenfalls dem Emphyteuten ganz und gar erworben, und dem Eigenthümer ganz und gar, und nicht etwa nur soweit, als der Emphyteuta es ausübt, entzogen sein möchte. Wenn deßhalb der Eigenthümer gegen einen dritten Besitzer auf Grund seines Eigenthums wegen Uebertragung des Besitzes der Sache Klage erheben wollte, so wird er, wie wenn er Früchte, die aus jener Sache etwa von einem bößgläubigen Besitzer gezogen waren, vindiciren wollte, mit der Exception zurückgewiesen werden können, daß eine Emphyteusis an der Sache bestehe. Es sind ihm also die wichtigsten Attribute, welche aus dem Eigenthum fließen, so ganz und gar entzogen, daß der Körper der Sache für ihn während der Dauer der Emphyteusis ein fremder wird, und deßhalb kann auch der Emphyteuta diesen nicht für ihn als sein Stellvertreter besitzen, sondern er besitzt ihn in Gemäßheit seiner Herrschaft, die er selbst an dem Körper zu üben hat, er ist nicht bloßer Detentor, sondern civiler Besitzer f).

Wenn nun dieser Auffassung nach der Eigenthümer die Herrschaft über die Sache für die Dauer der Emphyteuse ganz verloren hat, und demnach dem Eigenthume grade das, was sonst den Inhalt des Eigenthums ausmacht, ganz entzogen ist, so frägt es sich, warum denn das römische Recht nicht den Emphyteuten als Eigenthümer bezeichnet, sondern daneben noch ein besonderes Eigenthum gleichsam fingirt. Dies ist nur aus der Entwicklungsgeschichte des ganzen Instituts zu erklären. Denn wenn bei der einfachen Miethe der Vermiether den Vertrag ordnungsmäßig erfüllt, so hat er aus seinem

---

f) L. 15 § 1 qui satisdare cogantur. 2, 8. Dieser von den meisten Schriftstellern anerkannte Satz ist zwar in neuerer Zeit von Arndts [in der Gießer Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. 1847. Bd. III. S. 367 - 423] in einer gründlichen und ausführlichen Abhandlung angegriffen worden; dennoch möchte seine Ausführung die herrschende Meinung nicht widerlegt haben, zumal, wie im Text gezeigt ist, jener Satz durchaus im Einklang steht mit den übrigen hinsichtlich der Emphyteuse geltenden Grundsätzen.

Eigenthum dem äußern Anschein nach auch nicht den Fruchtbezug und den Gebrauch der vermietheten Sache, aber dennoch bleibt er Eigenthümer, da der Miether nur als sein Stellvertreter die Eigenthumsbefugnisse geltend macht. Da durch die Ertheilung eines dinglichen Rechts an den Emphyteuten das Verhältniß zwischen Pächter und Verpächter im Ganzen nicht verändert wurde, sondern dem Pächter nur noch ein zweites dingliches Rechtsmittel zum Schutz seines Rechts gegeben wurde, so lag es nahe, die alte Terminologie und selbst die alte Anschauung beizubehalten, wonach der, welcher einstweilen die Sache gegen einen Zins überlies, der Eigenthümer sei, und daher der Emphyteuta nur ein Recht an einer fremden Sache habe.

Aus dem Eigenthum an einer emphyteutischen Sache fließt nun also keine der Befugnisse, welche sonst die wichtigsten Attribute einer Herrschaft über den Körper der Sache zu sein pflegen, sondern statt dessen — ein Forderungsrecht an eine Person, indem schon vermöge des Eigenthums gegen den Emphyteuten auf Zahlung des Kanons und entsprechenden Falls des Laudemiums geklagt werden kann, und daher ist der eigentliche Inhalt eines Geschäfts, welches anscheinend die Uebertragung des Eigenthums einer solchen Sache bezweckt, neben einer Abtretung der Hoffnung auf den künftigen Heimfall hauptsächlich eine Uebertragung des Forderungsrechtes, wie dieses demnach auch vindicirt werden kann. Die weiter dem Eigenthümer zustehenden Befugnisse sind entweder nur zur Sicherung dieses Forderungsrechts gegeben, oder sie sind bestimmt, für den Fall des künftig ipso iure bei Erlöschung der Emphyteusis eintretenden Wiedererwerbs der ganzen Sache, der sich ebenfalls nur aus der Entwicklung des Instituts aus dem Miethvertrage erklären läßt, jeden Nachtheil vom Eigenthümer abzuwenden.

Dieser ganze Sachverhalt bestätigt also die oben ausgesprochene Ansicht, daß bei Bestellung der Emphyteusis nicht eine einzelne Eigenschaft der Sache auf den Erwerber dieses ius in re aliena übergehe, wie bei den Servituten, sondern daß der ganze Körper der Sache von ihm erworben werde. Dafür spricht weiter noch der Umstand, daß während der Usufructuar nur befugt ist, Verletzungen seiner unkörperlichen Sache, d. h. Störung in der Ausübung seiner Servitut, mit den zum Schutze dieser gegebenen Klagen

zu ahnden[g]), er aber nicht die zum Schutz der körperlichen Sache gegebenen Klagen auf Grund der Verletzung der letztern geltend machen kann[h]), dagegen der Emphyteuta schon in Folge seiner Emphyteusis allgemein zu derartigen Klagen legitimirt ist, und demnach schon die Verletzung des Körpers der Sache auch immer als eine Verletzung seines emphyteutischen Rechts erscheint. Er kann daher die actio aquae pluviae arcendae anstellen[i]), die dem Ususfructuar nach der strengen Ansicht, wie sie Ulpian vertritt, versagt war[k]). Gleiches gilt von der actio arborum furtim caesarum[l]), wie er denn auch alle der emphyteutischen Sache zustehenden Realservituten mit einer utilis servitutis petitio geltend machen kann[m]), während der Ususfructuar dies wieder nur in so fern kann, als die Beeinträchtigung dieser Servituten auch seinen Ususfruct mindert, und daher auch nur mit der Klage aus dem Ususfruct. Das möchte aber die praktische Folge haben, daß der Eigenthümer gar nicht durch ein in dieser confessorischen Klage ergangenes Urtheil berührt werden kann, da es sich dabei ja nur um Störungen des Ususfructs handelt, während wenn der Emphyteuta mit der utilis servitutis petitio ein obsiegliches Urtheil erlangt hat, auch der Eigenthümer sich darauf nach stattgefundener Consolidation berufen kann, da er nach der hier ausgeführten Ansicht als ein Successor des Emphyteuten erscheinen muß[n]).

---

g) Besonders hebt das hervor die l. 16 pr. quod vi aut clam 43, 24.

h) Der Grundsatz, daß er zugleich Detentor der körperlichen Sache für den Eigenthümer ist, kann hier mitunter Aenderungen herbeiführen, siehe unten bei näherer Besprechung des Ususfructs.

i) L. 23 § 1 de aqua pluv. 39, 3.

k) L. 3 § 4 daselbst. Pomponius will aber auch für ihn diese Klage anwendbar machen, vgl l. 22 pr. daselbst.

l) L. 5 § 2 und § 3 arbor. furt. caes. 47, 7.

m) L. 16 de serv. 8, 1.

n) In ähnlicher Weise wird entschieden, daß das interdictum de *itinere actuque privato*, in Folge der Ausübung der Wegegerechtigkeit Seitens des Ususfructuars dem Herrn nicht zustehen könne, da dieser nicht fundi nomine, sondern suo nomine ausübt, wie es in l. 21 quemadm. serv. 8, 6 heißt. Daß die Ausübung Seitens des Emphyteuten dies bewirken muß, wird nicht ausdrücklich gesagt, geht aber doch daraus hervor, daß Ulpian in l. 3 § 4 de

Endlich wird unsere Auffassung von der Natur der Emphyteusis noch dadurch bestätigt, daß die dingliche Klage, welche zum Schutz derselben gegeben war, als agri emphyteuticarii petitio bezeichnet wird[o]), und daß eine Verpfändung der Emphyteusis nicht wie beim Usufruct als die Verpfändung des Rechts, sondern als die der Sache selbst aufgefaßt wird[p]). Wenn ein praktischer Unterschied in beiden Fällen auch nicht daraus hervorgehen mag, da auch die Verpfändung nur für so lange wirkt, als die Emphyteusis nicht aus einem von vorne herein dem Keime nach vorhandenen Endigungsgrund erloschen ist, so zeigt sich doch in dieser verschiedenen Auffassung der Verpfändung, wie die römischen Juristen die Institute der Emphyteusis und des Usufructs ebenfalls verschieden auffassen mußten.

Obgleich die Emphyteusis und die Servituten oder insonderheit der Usufruct ihrem jurististischen Charakter nach durchaus verschiedene Institute und von einer ganz verschiedenen innern Structur sind, so läßt sich doch nicht leugnen, daß die äußere Erscheinung beider häufig sich sehr gleich sein kann, und daß die Constituenten die Möglichkeit haben, das eine dem andern bis auf einen sehr geringen Unterschied zu nähern. Denn zuerst ist die Vererblichkeit der Emphyteusis, ja selbst die Veräußerlichkeit kein wesentliches Moment derselben, sondern sie wird auch noch als solche anzuerkennen sein, wo ihr diese Attribute fehlen[q]). Dadurch aber, daß der Usufruct unsern Ausführungen im § 27 gemäß im neuern römischen Rechte veräußert werden kann, und daß weiter schon von vorne herein eine unendliche Anzahl eventueller Usufructe für die Erben und Erbenserben des ersten Usufructuars bestellt werden kann, ist es auch

---

itin. actuq. priv. 43, 19 allgemein sagt, fast jeder, der die Servitut durch seine Ausübung dem Eigenthümer zu erhalten vermöge, wozu nach l. 5 et 6 quemadm. serv. 8, 6 auch der Emphyteut gehört, erwerbe dem Eigenthümer auch, von jener Ausnahme abgesehen, das Interdict. Ferner wird unter den Personen, die hierzu befugt sein, mehrfach der colonus genannt [l. 1 § 7, l. 3 § 4 de itin. act.], und mit dem Verhältniß dieses dem Grundstück gegenüber ist doch das des Emphyteuten mehrfach verwandt.

o) Vgl. die Ueberschrift des Pandektentitels si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur 6, 3; l. 1 § 1 daselbst; l. 16 de serv. 8, 1.

p) L. 16 § 2 de pign. act. 13, 7 und dagegen l. 11 § 2 de pign. 20, 1.

q) L. 3 C. de iure emphyteut. 4, 66; nov. 7 c. 3.

möglich geworden, den Usufruct der veräußerlichen und vererblichen Emphyteusis sehr anzunähern; allein gleichwohl ist hierin eine völlige Gleichheit beider Institute auf diesem Wege nicht zu erreichen. Denn jener Fundamentalsatz von der Unvererblichkeit des Usufructs hat doch noch immer die wichtige Folge, daß dem jetzigen Innehaber desselben die unmittelbare Dispostition über die noch nicht existirenden Usufructe seiner Erben entzogen ist. Denn wenn es auch wohl möglich ist, an einem eventuell constituirten Usufruct das dingliche Recht schon vor seiner Existenz so zu übertragen, daß es sofort nach seiner Entstehung nicht dem zufällt, für welchen es constituirt wurde, sondern dem, an welchen ihn dieser abtrat, da ja die Uebertragung des Rechts lediglich durch einen Vertrag geschehen kann, und daher auch der Uebertragungsakt nur nach den Regeln, die über die Gültigkeit der Verträge gegeben sind, beurtheilt wird [r]; so kann doch nur der solche Uebertragung gültig vornehmen, welcher beim Eintritt der Bedingung, von der die Existenz des Usufructs noch abhängt, der Innehaber desselben sein wird, nicht aber kann jemand an einem fremden Usufruct ein dingliches Recht im Voraus verleihen. Ein fremder Usufruct ist aber für den Erblasser auch der, welcher nur seinem Erben, niemals ihm selbst zustehen kann, und muß dieser daher analog den eigenen Sachen des Erben behandelt werden, über welche der Erblasser wohl in so fern verfügen kann, daß er durch testamentarische Bestimmungeu oder durch Verträge den Erben zur Herausgabe der Sache obligirt, an denen er aber nie ein dingliches Recht bestellen kann. Hat demnach jemand ein Veräußerungsgeschäft über die seinem Erben einst zufallende Usufructbefugniß abgeschlossen, so ist nur der obligatorische Theil desselben bindend, nicht aber vermag er dadurch ein dingliches Recht zu übertragen, wie das bei der Veräußerung einer erblichen Emphyteuse der Fall ist.

Wenn sich also auch ein Unterschied zwischen Usufruct und Emphyteuse hinsichtlich der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit geltend macht, so ist dagegen kein solcher nothwendig hinsichtlich des Umfangs,

---

r) Dahin führt auch die Analogie des Pfandrechts als eines dinglichen Rechts, das ebenfalls durch bloßen Vertrag erworben wird und auch an noch nicht existirenden Sachen, so bestellt werden kann, daß gleich bei Entstehung dieser Sachen das fremde dingliche Recht an ihnen haftet.

in welchem der Berechtigte die Sache benutzen darf, wie man das doch sehr häufig anzunehmen pflegt. Denn wenn der Usufruct auch in seiner gewöhnlichen Erscheinung nur eine beschränktere Befugniß gewährt, so ist er doch, wie wir im § 20 und 21 ausgeführt zu haben glauben, einer Erweiterung fähig, und seine Grenze kann daher auch möglicher Weise dieselbe sein, die der Emphyteusis gesetzt ist, so daß er die Befugniß ertheilt, jede Disposition über die Sache zu treffen, wenn dadurch nur nicht schließlich der Werth der Sache verschlechtert wird[s]). Ferner können alle die eigenthümlichen Erlöschungsarten der Emphyteuse auch in die lex servitutis bei Errichtung eines Usufructs aufgenommen werden, indem von dem Constituenten festgesetzt sein kann, daß Nichtbeachtung der Vorschriften über den Verkauf[t]), Deteriorationen der belasteten Sache[u]), Nichtzahlung der in Folge einer Obligation geschuldeten Remuneration während zweier beziehungsweise dreier Jahre, oder der öffentlichen Abgaben während der letztern Zeit[v]) als Resolutivbedingungen wirken sollen, welche den ganzen Usufruct aufheben[w]). Selbst die immer mit der Emphyteusis verbundene Verpflichtung zur Zahlung des Kanons, die so wesentlich charakteristisch für dieses Institut ist, daß sie niemals fehlen darf[x]), kann wenigstens annäherungsweise beim Usufruct dadurch herbeigeführt werden, daß mit der Servitutbestellung zugleich für den Usufructuar und dessen Erben eine Obligation zur Zahlung einer Summe an bestimmten Terminen begründet, oder die Ausübung des Usufructs davon als von einer Bedingung abhängig gemacht ist[y]).

Diese mannigfache Aehnlichkeit zwischen Usufruct und Emphyteusis ist aber, wie gesagt, nur eine äußerliche, und ihrem eigentlichen Wesen nach sind sie ebenso von einander verschieden, wie sie aus einer ganz verschiedenen historischen Entwicklung hervorgegangen sind.

Schließlich bleibt uns noch übrig, den Unterschied zwischen den Servituten und der Superficies aufzusuchen. Bei dem ähn=

s) Nov. 7 c. 3 § 2; nov. 120 c. 8.
t) L. 3 C. de iure emphyt. 4, 66.
u) Nov. 120 c. 8.
v) L. 2 C. de iure emphyt.; nov. 7 c. 3 § 2; nov. 120 c. 8.
w) Vgl. § 22 über die Zulässigkeit der Bedingungen bei Personalservituten.
x) Vgl. Arndts in Weiskes Rechtslex. Bd. III. S. 884.
y) Vgl. iherüber näher die Ausführungen am Schluß des § 22 S. 195—198.

lichen Entwicklungsgange, den dieses Institut mit der Emphyteusis nahm, indem es ebenfalls aus dem Miethverhältniß hervorging, und bei dem Zusammenhang, in welchem auch die Geschichte beider Institute stehen mag, liegt die Vermuthung nahe, daß die rechtliche Natur derselben völlig gleich sei, und daher auch dieselben Unterscheidungsmerkmale den Servituten gegenüber vorhanden seien. Allein dem scheint die berühmte Stelle des Ulpian in l. 3 § 7 uti possid. 43, 17 durchaus zu widersprechen:

> Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur; dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto Uti possidetis; sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis; et ita Pomponius quoque probat.

Darnach ist also dem Eigenthümer für die Dauer der Sache der Körper derselben durchaus nicht fremd geworden, sondern er behält sogar in der Weise den Besitz daran, daß er jedem Dritten gegenüber das Interdict Uti possidetis mit Erfolg anstellen kann, und also die Sache, ähnlich als ob ein Usufruct daran bestellt sei, nur soweit nicht benutzen darf, als der Superficiar sie benutzt, nicht aber überhaupt jedes Nutzungsrecht verliert, wie bei der Emphyteusis. Gleichwohl kann man aber nicht annehmen, daß die Superficies nur eine einzelne Eigenschaft der Sache zum Object habe, vielmehr umfaßt sie einen körperlichen Gegenstand, indem die römischen Juristen die dem Superficiar vom Prätor gegebene Klage als eine in rem actio bezeichnen, und die Compilatoren dieselbe noch näher durch Aufnahme der betreffenden Stellen in den Titel de rei vindicatione als eine utilis corporis vindicatio charakterisiren[z]), ferner ihm auch das Recht zur Geltendmachung der Servituten des superficiarischen Grundstücks mit der Servitutenklage wie dem Emphyteuten zugestanden wird[aa]). Darauf, daß die Superficies der Emphyteuse nachgebildet werden sollte, weißt auch der Umstand, daß sie mit dieser dieselbe Errichtungsweise durch einfachen Vertrag theilt, und in noch höherem Grade veräußerlich ist, indem die Dispositionsbefugniß durch

z) L. 73 § 1, l. 74; l. 75 de R. V. 6, 1.

aa) L 3 § 3 de oper. novi nunt. 39, 1.

keinerlei Schranken gehindert zu sein pflegt[bb]), — Alles Umstände, welche dies Institut den Servituten, wie sie das ältere Recht nur kannte, völlig ungleich machen mußten und auf die Verwandtschaft mit der Emphyteusis hinweisen.

Wenn wir nun aber so dahin gelangt sind, einmal: anzunehmen, der Eigenthümer habe während bestehender Superficies ein Nutzungsrecht an der körperlichen Sache, und ferner: das Recht des Superficiars hafte auch am Körper derselben, so haben wir ein gleiches Recht zweier in solidum auf dieselbe Sache, und da, wie wir oben bemerkten, der Eigenthümer den Besitz der Sache behält, der Superficiar aber gleichfalls nicht nur schlechtweg als possessor der Sache bezeichnet wird[cc]), sondern auch wenn sein Recht wirklich auf den Körper der Sache geht, auch sein Besitz dieses Rechtes Besitz der Sache sein muß, so haben wir gleichfalls einen Besitz zweier in solidum auf dieselbe Sache, ein Resultat, welches den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts zu widerstreiten scheint. Auf welche Weise aber das Recht dieses Dilemma vermied, und wie es überhaupt zu dem ganzen Verhältniß gelangte, das deutet uns der Sprachgebrauch an, durch welchen denn auch die obige Auffassung dieses Instituts als eines Rechts auf eine körperliche Sache noch durch einen wichtigen Faktor bestätigt wird. *Superficies* heißt nämlich zunächst der obere Theil einer Sache, und so insonderheit das Gebäude im Gegensatz zu dem Grundstück (solum), auf dem es steht. Dem strengen Rechte nach konnte nun an dem Gebäude allein durchaus kein Eigenthum bestehen, und Gaius hält es für nöthig, hierauf auch in Beziehung auf die Superficies nochmals besonders aufmerksam zu machen[dd]). Wie aber zum Zweck der Servituterrichtung eine Eigenschaft der Sache als eigene Sache fingirt wurde, so fingirt hier der Prätor einen körperlichen Theil der Sache, das Gebäude, als selbständige Sache, an der eine besondere Herrschaft bestehen sollte, und da er den alten civilrechtlichen Satz, daß das Gebäude dem

---

bb) L. 1 § 7 et 8 de superf. 43, 18.

cc) L. 13 § 3 de pign. 20, 1; l. 1 § 1 de superf. 43, 18.

dd) L. 2 de superf. 43, 18. Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili, et naturali iure eius est, cuius et solum.

Boden folge, nicht aufheben konnte, und deßhalb das Eigenthum desselben immer nominell dem Eigenthümer des Bodens bleiben mußte, gab die Doctrin dieser Herrschaft den Namen Superficies, der im Edict des Prätors noch in seiner ursprünglichen Bedeutung stehen mochte[ee]). Dem Eigenthümer wurde die Herrschaft über den Boden nicht genommen, doch durfte er sie, wieder analog den Servituten, nicht ausüben, soweit dadurch der Superficiar an der Ausübung seiner Herrschaft über das körperliche Haus verhindert wurde. Auf diese Weise erklärt es sich, wenn in den Quellen immer Gebäude und Boden als verschiedene Sachen entgegengesetzt und von einer superficies in *alieno* solo gesprochen wird[ff]), wie es hier denn auch selbstverständlich ist, daß die Superficies als ius in re aliena gilt.

Werfen wir uns aber die Frage auf: wie kam das Recht dazu, so ganz den römischen Principien entgegen, ein besonderes Recht am Gebäude anzunehmen, und dieses als selbständige Sache zu fingiren, so möchte das nur aus historischen Gründen zu erklären sein. Da, wo der Prätor zuerst einschritt und eine dingliche Klage zu gewähren pflegte, wird der Miether auf dem fremden gemietheten Boden auf eigene Kosten in der Voraussetzung ein Haus gebaut haben, daß er dasselbe so und so lange benutzen könne. Wurde er nun dejicirt, so schien es hart, daß er nur auf die Contractsklagen angewiesen und dadurch dritten Störern gegenüber erst späte, dem Eigenthümer gegenüber nur unsichere Rechtshülfe erlangen konnte, zumal da er, wenn er nicht dejicirt wäre, sich doch in Folge seines ius tollendi einiger Maaßen durch Herausnahme aller Baumaterialien hätte schadlos halten können. Es lag daher nahe, zu fingiren, daß sein ursprüngliches Eigenthumsrecht an den Baumaterialien trotz der Verbindung mit fremdem Grund und Boden noch fortdauere, und so entstand allmählig der Begriff einer selbständigen vom Eigenthum an Grund und Boden getrennten Herrschaft über den Complex der Baumaterialien, das Haus, und ward dann auch da angewendet,

---

ee) Vgl. l. 1 pr. et § 4 de superf. 43, 18.

ff) Vgl. l. 74 de R. V. 6, 1 und den Titel de superficiebus, 43, 18. Ferner l. 9 § 4 de damn. inf. 39, 2: Quaesitum, si solum sit alterius, superficies alterius.

wo der Miether nicht mehr selbst gebaut hatte, sondern das Haus fertig vorfand.

So findet also zwischen der Superficies und den Servituten der Unterschied statt, daß bei diesen eine Eigenschaft der Sache, also eine unkörperliche Sache, das Object des Rechts ist, bei jener aber ein körperlicher Theil als selbständige Sache fingirt und der Herrschaft eines Nichteigenthümers unterworfen ist.

---

§ 35.

Resultat.

Um nun zum Schluß dieses allgemeinen Theils der römischen Servitutenlehre die hauptsächlichsten Momente, auf welche wir die sämmtlichen uns für die Servituten überlieferten Regeln zurückführen können, noch einmal kurz zusammenzufassen und in die Form einer schulgerechten Definition zu bringen, so wollen wir als das Resultat dieses Theils folgenden Satz aufstellen:

> Eine Servitut ist die durch eine eigene dingliche Klage geschützte Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache, vorausgesetzt daß diese Herrschaft entweder mit der Herrschaft über eine andere körperliche Sache untrennbar verbunden oder von dem Leben einer individuellen Person in der Weise abhängig gemacht ist, daß sie stets mit diesem zugleich erlöscht.

Zweite Abtheilung.

Die
einzelnen überlieferten Servitutenbildungen.

Zweite Abtheilung.

Die einzelnen überlieferten Servitutenbildungen.

§. 36.

Vorbemerkung.

Wir sind in dem allgemeinen Theil dieser Lehre zu dem Resultat gelangt, daß das römische Recht eine gänzliche Freiheit in der Errichtung der Servituten anerkennt, und jedes Servitutenverhältniß seinen Inhalt lediglich durch den Willen der Constituenten erhält. Daraus folgt, daß die einzelnen im Corpus Juris überlieferten Servitutenbildungen keine andere Bedeutung haben, als daß sie nur gesetzliche Interpretationen für den Willen der Constituenten bieten[a]), die sich jedoch unmittelbar für uns nur da anwendbar erweisen, wo vorher die völlig gleiche Beschaffenheit aller Voraussetzungen dieser Interpretation in unserm Rechtsleben dargelegt ist, und, da die Festsetzung des Wortsinns der bei der Constituirung gebrauchten Ausdrücke einen hervorragenden Theil jener Interpretation ausmacht, namentlich auch nachgewiesen ist, daß wir zur Bezeichnung des Inhalts derartiger Servituten Worte brauchen, die den bei den Römern üblichen völlig congruent sind.

a) Nur die Bestimmungen über den Umfang und die Art der Ausübung des Usufructs haben in so fern eine größere Bedeutung, als sie in den Fällen des gesetzlichen Usufructs, wo das Gesetz, nicht persönliche Willkühr, den Umfang bestimmt, einen zwingenden Charakter annehmen, und daher auch noch jetzt überall eintreten, wo nicht die faktischen Verhältnisse, welche die römischen Juristen bei ihrer Aufstellung voraussetzten, in unserm Rechtsleben gänzlich weggefallen sind.

Daneben haben aber die Ausführungen der römischen Juristen noch dadurch eine ganz besondere Bedeutung für uns, daß sie uns klassische Musterbilder einer meisterhaften Interpretation bieten, die ohne lediglich an den Buchstaben der von den Constituenten gewählten Ausdrücke zu kleben, und auch wieder ohne einer zu großen Willkührlichkeit in Abweichung von dem durch den Wortlaut gebotenen Sinn, Raum zu geben, nicht in stolzer Absonderung von dem im Volke lebenden Bewußtsein ausschließlich nach den Forderungen einer auf die Spitze getriebenen Consequenz, sondern mitten aus den Anschauungen des Verkehrs heraus und von dessen Bedürfniß geleitet, das ganze Verhältniß wissenschaftlich zu zergliedern und so die durch die Constituenten gegebenen Elemente zu einem einheitlichen Ganzen zu erweitern und abzurunden bestrebt waren. Es wurde ihre Aufgabe dadurch erleichtert, daß trotz der zugestandenen Freiheit in der Bildung der Servituten, wie schon früher erwähnt ist, nicht jeder Fall ohne alle Beziehung auf das sonst Uebliche rein nach dem individuellen Gutdünken und unter alleiniger Festsetzung dessen, was gerade diesen Constituenten der nähern Bestimmung bedürftig erschien, construirt zu werden pflegte; sondern der Gebrauch bestimmter herkömmlicher Formeln, welcher sich bei den nöthigen solennen Errichtungsformen jedem Ungeübten empfehlen mußte, den Bildungen eine gewisse Stetigkeit gab, und so die Wissenschaft grade durch Untersuchung dieser üblichen Formeln die Natur der am häufigsten vorkommenden Arten bestimmen konnte.

Aus dem Obigen ergiebt sich, wie eine richtige Würdigung und ein völliges Verständniß der für die einzelnen Servituten überlieferten Bestimmungen häufig nur möglich ist, wenn man sie mit den factischen Verhältnissen in Verbindung setzt, in denen sie wurzelten, und werden wir uns daher überall bestreben müssen, uns von diesen ein klares Bild zu machen und daraus die Einzelheiten der Entscheidungen der römischen Juristen zu erklären. Dabei müssen wir jedoch bemerken, daß, da wir bei Ausarbeitung dieses Werks die praktische Brauchbarkeit und den Nutzen für unsern heutigen Rechtszustand vorzüglich im Auge gehabt haben, wir auch solche Erörterungen, die einen rein antiquarischen Werth haben, und zwar über eine einzelne, vielleicht nur dem Namen nach in den Quellen erwähnte Servitut einige Aufklärung zu geben vermögen, aber zur Kenntniß der römischen

Auffassung der gesammten Servitutenlehre oder einzelner auch für uns wichtigen Arten gänzlich unfruchtbar sind, im Nachfolgenden möglichst auszuschließen gesucht haben, selbst wenn eine Fülle der verschiedenartigsten Conjecturen und der gründlichsten Untersuchungen unserer Vorgänger dazu einladen sollte.

Ehe wir aber zur Darstellung der einen Hauptklasse römischer Servituten, der Realservituten übergehen, wird es nöthig sein, zunächst über eine Eintheilung derselben zu sprechen, auf welche das römische System ein so großes Gewicht zu legen scheint.

Erster Abschnitt.
Die Realservituten.

Erstes Kapitel.
Der Unterschied zwischen servitutes praediorum rusticorum und servitutes praediorum urbanorum.

§. 37.
Verschiedene Auffassung dieses Unterschieds.

Es ist eine auffallende Erscheinung, daß bei der großen Bedeutung, die in den Quellen überall der Unterscheidung der Realservituten in servitutes, oder wie sie eben so häufig und wohl mit der ältern Bezeichnung genannt werden, iura praediorum rusticorum, und in servitutes oder iura praediorum urbanorum beigelegt wird, nirgends bestimmt und ausdrücklich die charakteristischen Merkmale jeder dieser Klassen, sowie der systematische Zweck der ganzen Eintheilung angegeben werden. Und doch ist es nicht etwa nur eine Eigenthümlichkeit der Compilatoren, wenn sie im achten Buch der Digesten nach dem kurzen allgemein gehaltenen Titel „de servitutibus", einen zweiten als „de servitutibus praediorum urbanorum", einen dritten als „de servitutibus praediorum rusticorum" folgen lassen, und dann noch im vierten Titel die „communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum" darstellen, damit aber auch Alles, was über die einzelnen Servitutenbildungen zu sagen ist, erschöpft haben;

sondern sie behalten nur die von der ganzen römischen Jurisprudenz angenommene Eintheilung bei. Das wird schon dadurch bewiesen, daß die klassischen Juristen gar viele ihrer für alle Servituten bestimmten Regeln nur für diese beiden Klassen aussprechen[a]), und diese demnach benutzen, um damit den allgemeinen Begriff der Servitut zu umschreiben, ja mitunter definiren sie diesen gradezu dadurch, daß sie ihn als den Complex jener beiden Arten darstellen. So sagt Gaius am Schluß der l. 1 § 1 de div. rerum 1, 8:

> Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur[b]).

Die Institutionen Justinians versuchen nun zwar, nachdem sie sich für die Feldservituten darauf beschränkt haben, einzelne Arten derselben zu nennen[c]), für die Gebäudeservituten eine förmliche Definition zu geben, indem sie im § 1 de servit. sagen:

> Praediorum urbanorum servitutes sunt, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item urbanorum praediorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat u. s. w.

Aber diese Definition giebt nur ein äußeres Merkmal und nicht die etwaigen dieser Klasse eigenthümlichen Regeln an, welche eine selbständige Stellung derselben im System rechtfertigen, und außerdem ist auch dieses Merkmal in so allgemeiner doppelsinniger Weise bezeichnet, daß viele daraus lesen, die herrschende Sache müsse ein praedium urbanum sein, andere dagegen, von der dienenden Sache werde dies verlangt. Nur so viel erfahren wir mit Bestimmtheit daraus, daß der Charakter eines dieser beiden Grundstücke den Charakter der Servitut bestimmt, und weiter, daß es nicht von der Lage innerhalb oder außerhalb der Stadt abhängt, ob das praedium ein urbanum oder rusticum ist, sondern daß, wie das auch in andern Stellen bestätigt wird[d]), jedes auf dem Grundstück stehende Gebäude dasselbe in dieser Beziehung zu einem praedium urbanum mache,

a) L. 14 pr. de serv. 8, 1; l. 1 si serv. vind. 8, 5 u. a. a. O.

b) Vgl. § 3 J. de rebus incorp. II, 2; Gaii Epitome II, 1 § 3; l. 1 de serv. 8, 1.

c) Pr. et § 2 J. de serv. II, 3.

d) L. 1 comm. praed. 8, 4; l. 198 de V. S. 50, 16.

selbst, wie Ulpian in l. 198 de V. S. sagt, „si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis".

Hinsichtlich der Hauptfrage hat man auch bei Theophilus, wo man doch am ersten eine schulgerechte Begriffsbestimmung erwarten sollte, vergebens Raths gesucht; er sagt nur in der Paraphrase jener Institutionenstelle, die städtische Servitut sei das Recht, ὃ ποιεῖ τὸν γείτονα ἀνέχεσθαι τῶν τοῦ γείτονος βαρῶν, und gleich nachher, die Feldservitut sei das Recht, ὃ ποιεῖ τὸν ἀγρογείτονα ἀνέχεσθαι τῶν τοῦ ἀγρογείτονος βαρῶν. Er legt also alles Gewicht darauf, ob die Servituten zwischen ἀγρογείτονες oder ob sie zwischen γείτονες bestehen[e]), also ob herrschendes und dienendes Grundstück [er nennt ja die Eigenthümer beider ἀγρογείτονες] praedia rustica sind, oder ob sie es nicht sind, — ein Resultat, das sich bei unsern Juristen gar wenig Anerkennung zu erfreuen gehabt hat, und auf jeden Fall die Frage nach dem Grund und der Bedeutung der Eintheilung unerörtert läßt.

Diese hat unsere Jurisprudenz nun auf die mannigfaltigste Weise zu beantworten gesucht. Zunächst stimmen fast alle Schriftsteller in der Hinsicht überein, daß sie für jede der beiden Servitutenklassen in manchen Beziehungen verschiedene Rechtsregeln annehmen, und damit also dieser Eintheilung einen wirklichen systematischen Werth beilegen. Um die wichtigsten Verschiedenheiten kurz zu nennen, so sollen nach der gewöhnlichen Annahme nur Rusticalservituten res mancipi gewesen sein, ferner nur sie von dem Eigenthümer eines Grundstücks vor ihrer Errichtung schon verpfändet werden können, was bei Urbanservituten nicht möglich sein soll; sodann sollen nur sie

e) Theophilus nimmt hier einen Gegensatz zwischen beiden Worten an, der dem sonstigen Gebrauch derselben nicht entsprochen zu haben scheint. Denn ὁ γείτων wird sonst allgemein für jeden Nachbar gesetzt und eine besondere Beziehung auf städtische Nachbarschaft wird sich anderswo schwerlich auffinden lassen, während ὁ ἀγρογείτων der heißt, welcher ein Grundstück in der Nachbarschaft hat, aber ohne daß es gerade nöthig ist, daß dasselbe ein praedium rusticum und kein aedificium ist; vielmehr heißen bei den Klassikern die, welche in der Nachbarschaft wohnen, also auch ein Gebäude haben, oft ἀγρογείτονες. Gleichwohl muß man aber hier wohl annehmen, daß Theophilus ländliche Nachbarschaft damit bezeichnen will, und daß dann ὁ γείτων der Nachbar ist, welcher nicht ἀγρογείτων in diesem Sinne ist.

stets durch bloßen Nichtgebrauch während einer bestimmten Zeit untergehen, während bei Urbanservituten noch usucapio libertatis hinzukommen muß, und endlich soll, wenigstens nach der Ansicht Einiger, nur die Aufhebung von Urbanservituten dadurch bewirkt worden sein, daß eine Servitut des entgegengesetzten Inhalts zu Gunsten des seither dienenden Grundstücks bestellt wurde. Wenn man aber auch ziemlich einstimmig darüber war, welche verschiedene Folgen von der Eintheilung abhängen, so gingen die Ansichten darüber sehr auseinander, welches die Grenze zwischen beiden Klassen sei, und man hat in der mannigfachsten Weise das Unterscheidungsmerkmal auffinden wollen.

Die meisten Anhänger[f] hat von jeher die schon in der Glosse vorgetragene Ansicht gehabt, daß das herrschende Grundstück dasjenige sei, welches den Charakter der Servitut bestimme, und wenn daher dieses ein Gebäude sei, so sei die Servitut eine städtische, sonst eine ländliche. Daneben hat aber auch die Meinung, wonach es von der Beschaffenheit des dienenden Grundstücks abhängt, welcher Klasse die Servitut zufalle, zahlreiche Vertreter gefunden, während Andere wohl auch verlangt haben, daß beide Grundstücke städtische sein müssen, damit eine städtische Servitut möglich sei. Wenn man aber in dieser Weise den Unterschied bestimmte, so hielt es sehr schwer, einen genügenden innern Grund für die principiellen Verschiedenheiten aufzufinden, die doch zwischen beiden Klassen stattfinden sollten, und die Wirkungen einer und derselben Servitut mußte man anders annehmen, wenn sie in Beziehung zu einem städtischen, anders wenn sie in Beziehung zu einem ländlichen Grundstück gesetzt war; ja sogar dadurch, daß auf dem Grundstück, welches ihren Charakter bestimmt, nach der Servitutbestellung ein Gebäude aufgeführt wurde, mußte sie schon ihre Natur verändern. Demgemäß stellte man denn auch, da in den Quellen manche Servituten bestimmt als ländliche bezeichnet werden, während doch nicht zu leugnen war, daß sie auch in Beziehung zu städtischen Grundstücken

---

f) Siehe die literarischen Nachweisungen über diese und die folgenden Ansichten in Glücks Commentar Bd 9 S. 21 ff. und Zachariä's von Lingenthal Abhandlung „über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae“. Heidelb. 1844.

vorkommen konnten, und umgekehrt, für solche Bildungen eine eigene Klasse von *servitutes irregulares* auf, dissentirte nun aber wieder darüber, ob diese in Gemäßheit der Regeln behandelt werden müßten, welche man für ihre reguläre Form gelten ließ, oder ob man deßhalb, weil sie in diesem einzelnen Falle einen andern Charakter angenommen habe, nun auch diesen in aller und jeder Beziehung durchführen müsse.

Von andern Schriftstellern ist dagegen ein ganz anderer Weg eingeschlagen. Sie sind davon ausgegangen, daß unmöglich die verschiedenen Rechtssätze, die auch nach ihrer Ansicht hinsichtlich der beiden Klassen gelten sollen, durch das rein äußerliche und zufällige Moment, ob ein Gebäude auf dem herrschenden, beziehungsweise auf dem dienenden Grundstücke stehe, bedingt sein können, und haben darum den Versuch gemacht, ein inneres in dem Wesen der Servitut begründetes Unterscheidungsmerkmal aufzusuchen, so daß darnach auch jede Servitutenbildung einer oder der andern Klasse ein für alle Mal angehören muß. So hat in der neuern Zeit von der Pfordten[g]) den Satz aufgestellt, städtische Servituten seien die, welche ohne Gebäude nicht bestehen könnten, gleichviel übrigens, ob das herrschende, oder ob das dienende, oder ob beide Grundstücke Gebäude sein müßten; ländliche Servituten seien dagegen die, welche auch zwischen leeren Grundstücken vorkommen könnten. Von Vangerow[h]) hat eine schon von Stever[i]) aufgestellte, aber bis dahin noch wenig beachtete Ansicht hervorgehoben und lebhaft vertheidigt, wonach solche Servituten, welche den Berechtigten zur Vornahme einzelner positiver Handlungen auf dem dienenden Grundstück ermächtigen [servitutes faciendi], ländliche sein sollten, städtische dagegen die, welche ihn zum dauernden Innehaben einer Verrichtung oder zur Untersagung bestimmter Handlungen auf dem fremden Gebiet ermächtigen [servitutes habendi und prohibendi], so daß die Bezeichnung jeder Klasse nur dadurch erklärt werden könne, daß die sogenannten städtischen Servituten zufällig bei städtischen Grundstücken besonders üblich gewesen seien.

---

g) Arch für civ Prax. Bd 22 1839 S. 6—31. Vgl. auch Sintenis prakt. Civilr I. S. 567.

h) Leitfaden Bd. I. S. 796—801 (6. Aufl.).

i) De servitutibus praediorum Ed. nova. Rostochii 1820. S. 31—53.

Alle diese verschiedenen Erklärungsversuche gehen, wie gesagt, davon aus, daß zwischen beiden Klassen der Servituten principielle Verschiedenheiten stattfinden. Dies ist aber in neuerer Zeit von Zachariä von Lingenthal in der schon citirten Abhandlung in Abrede gestellt, indem er die Eigenthümlichkeiten, welche man sonst der ganzen Klasse zuschreiben will, auf einzelne besonders privilegirte Arten beschränkt, aber davon abgesehen, völlig gleiche Grundsätze zwischen städtischen und ländlichen Servituten herrschen lassen will. Diese Ansicht werden wir zunächst in den folgenden Paragraphen im Einzelnen zu prüfen haben, da die principielle Verschiedenheit die Voraussetzung der Ausführungen aller andern Schriftsteller ist, und wenn es uns gelingt, diese zu beseitigen, die bestrittensten Fragen von selbst wegfallen. Dabei können wir uns hinsichtlich eines Punktes auf unsere Ausführungen im § 1 S. 11 und fgg. berufen, indem wir dort in Uebereinstimmung mit Zachariä darzulegen suchten, daß nicht alle servitutes praediorum rusticorum res mancipi seien, sondern daß nur die vier ältesten Servituten, via, iter, actus, aquaeductus, in Folge ihres bei Weitem höheren Alters ausschließlich der von jeher streng geschlossenen Anzahl der res mancipi zugezählt worden.

§. 38.

Findet ein durchgehender Unterschied statt zwischen Urban- und Rusticalservituten hinsichtlich der Fähigkeit, vor ihrer Errichtung vom Eigenthümer einer zu belastenden Sache verpfändet zu werden?

Die Lehre von der Verpfändung der Realservituten ist erst in neuerer Zeit einer gründlicheren Durchforschung und Erörterung unterzogen worden. Die ältere Doctrin begnügte sich damit, ohne auf die letzten Gründe einzugehen, nach einer oberflächlichen Prüfung der Quellenaussprüche den Satz aufzustellen, daß alle servitutes praediorum rusticorum verpfändet werden könnten, wogegen dies bei den servit. praed. urbanorum unmöglich sei, und weiter anzunehmen, daß der Pfandgläubiger (oder da ja nur Grundstücke Subjecte von Realservituten sein sollten, ein praedium vicinum desselben) das eigentliche berechtigte Subject sei, so daß man daher in dem Akt des

Pfandverkaufs eine anomaler Weise zugelassene Veräußerung der Realservitut Seitens des Servitutberechtigten erkennen wollte. Diese Theorie ist besonders lebhaft und mit Erfolg von Büchel angegriffen[a]), so daß sie seitdem von allen theoretischen Schriftstellern verlassen sein möchte, während diese freilich darüber, worin eine solche Verpfändung besteht, und wie weit sie zulässig ist, mannigfach von einander abweichen. Ja die Abhandlungen, welche sich speciell und tiefer eingehend mit dieser Frage beschäftigt haben[b]), sind alle zu mehr oder weniger verschiedenen Resultaten gelangt, und auch unsere Untersuchung hat uns wieder zu manchen seither nicht berücksichtigten Momenten oder zu andern Auffassungen derselben geführt. Ein völliger Abschluß der Streitfrage und eine genügende Verwendung des gesammten dafür brauchbaren Materials möchte bei dieser Sachlage noch zur Zeit kaum zu erreichen sein. Zunächst wird es von Nutzen sein, wenn wir die einzelnen Verpfändungsformen, welche das römische Recht im Lauf der Zeiten kannte, mit Rücksicht auf die vorliegende Frage betrachten.

Die Anwendbarkeit der ältesten derselben, der *fiducia*, auf Realservituten hat Zachariä in einer beiläufigen Note geleugnet, weil die Zufügung eines Endtermins bei Realservituten unzulässig sei[c]). Allein es ist schon mit Recht dagegen geltend gemacht, daß auch bei der Fiducia an körperlichen Sachen das Eigenthum derselben ohne Zeitbegrenzung übertragen wurde und auch seinem Wesen nach nicht anders übertragen werden konnte, und daß nur bei der Cession oder Mancipation das pactum fiduciae über Restitution nach Tilgung der

---

a) In der schon mehrfach citirten Abhandlung über iura in re und deren Verpfändung (1834) in den civilrechtlichen Erörterungen B. I. S. 281—475.

b) Sintenis Pfandrecht S. 121 ff. (1836), von der Pfordten in dem Arch. für civ. Prax. Bd. 22, S. 26 ff. (1839) und die Recension dieses Aufsatzes von Sintenis in Richters und Schneiders Jahrb. Bd. 14, S. 979 (1843); Zachariä von Lingenthal a. a. O. S. 31 ff. und die Recension von Rudorff in den Jahrb. Bd. 15, S. 322 ff. (1844); Lang im Archiv Bd. 19, S. 307 ff. (1840); Reinhold Schmid in der Gießer Zeitschr. für Civilrecht und Proceß. Neue Folge Bd. 5, S. 324 ff. (1848); von Vangerow Leitfaden Bd. I. S. 920 ff. (6. Aufl. 1851).

c) A. a. O. S. 72.

Pfandschuld abgeschlossen wurde. Eine solche persönliche Verpflichtung kann aber eben so gut neben den Realservituten, wie neben dem Eigenthum herlaufen, nur daß sie natürlich allein den Promittenten und seine Erben bindet, und nicht etwa solche, die durch Kauf u. s. w. das herrschende Grundstück und damit die Realservitut erworben haben. Die Restitution der so bestellten Servitut an den Besteller der fiducia war allerdings nur möglich, wenn dieser zur Zeit, wo die Pfandschuld getilgt wurde, noch Eigenthümer der belasteten Sache war, da sonst darin eine verbotene Veräußerung gelegen haben würde; allein, wenn dies nicht mehr der Fall war, so war der Constituent selbst Schuld daran, daß die Erfüllung an ihn unmöglich geworden war, und außerdem konnte er bei Veräußerung des Grundstücks ja nur die Forderung auf die Restitution an den Erwerber desselben cediren und so verhindern, daß aus der zeitweiligen Ueberlassung der Servitut zur Sicherheit einer Forderung ein unangreifbares Recht auf dieselbe werde. Das neuere Recht hat die Möglichkeit, eine Servitut einem Gläubiger bis zur geschehenen Zahlung zu constituiren, noch dadurch erleichtert, daß es die den Servituten zugefügten Bedingungen oder Zeitbestimmungen mit einem Exceptionsschutz bekleidet und es dadurch möglich gemacht hat, daß in einem solchen Falle jeder Eigenthümer des belasteten Grundstücks jedem Innehaber der Servitut die Ausübung untersagen kann, sobald die Pfandschuld rechtzeitig gelöscht ist. Beifügung eines pactum de vendendo ist bei der Unveräußerlichkeit der einmal constituirten Servitut auch im spätern Rechte für solchen Fall gänzlich unmöglich.

Die fiducia ist hinsichtlich der körperlichen Sachen außer Gebrauch gekommen, seitdem das römische Recht zweckmäßigere und allen Interessen der Betheiligten mehr entsprechende Verpfändungsformen geschaffen hatte; aber eine unmögliche Rechtsbildung ist sie nicht geworden, wenn auch ein eigener Name dafür unpraktisch geworden ist, und selbst nach Wegfall der Mancipation und der in iure cessio, mit denen sie ursprünglich zusammenhing, kann dasselbe Resultat auch bei den an die Stelle getretenen Eigenthumsübertragungsarten erreicht werden, nur bedurfte im römischen Rechte das pactum fiduciae seitdem der Einkleidung in eine klagenerzeugende Form, was bei uns seit der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge weggefallen ist. In noch größerem Umfange gilt dies aber von der

fiducia an Servituten, da, wie wir sehen werden, eine andere Form, welche zur Sicherheit für eine vorhandene Schuld dem Gläubiger eine Servitut zu gewähren vermag, nicht immer vorhanden ist; allein eine solche Constituirung einer Servitut, mag ihr die Resolutivbedingung beigefügt sein, daß sie erlöscht, wenn bezahlt wird, oder mag sie mit der Verpflichtung verbunden sein, daß sie dann restituirt werden muß, fällt niemals unter den technischen Begriff der **Verpfändung**, wie sich solcher im neuern römischen Rechte ausgebildet hat und so weit er dem pignori und hypothecae dare congruent ist, da ihm sein wesentlichstes Attribut, das Verkaufsrecht, gänzlich fehlt, und sind wir somit zur Beantwortung der an die Spitze gestellten Frage noch gar nicht gelangt.

Aehnlich verhält es sich mit der zweiten Verpfändungsform des ältern Rechts, dem reinen Besitzpfand, *pignus*. Auch dieses konnte der Eigenthümer an allen seinen Befugnissen bestellen. Denn so gut er andern die Benutzung einzelner Eigenschaften seiner Sache precario gestatten konnte, und der Precarist dann im Quasibesitz einer Servitut war [vgl. § 32], so gut mußte es auch möglich sein, daß er seinem Gläubiger, bis er die Schuld berichtet hatte, die Ausübung einer einzelnen Eigenthumsbefugniß überließ, und dieser konnte dann jedem Dritten gegenüber durchaus dieselben Rechte in Anspruch nehmen, wie der Precarist, war aber in so fern besser als dieser gestellt, als er auch dem Verpfänder [jedoch nicht dessen Singularsuccessoren] gegenüber durch Klage und Einreden aus dem contractus pigneratitius geschützt war[d]). Man hat freilich gemeint, diese obpigneratio Seitens des Eigenthümers sei, vom Ususfruct

d) Mit **Reinhold Schmid** (a. a. O. S. 356) könnte man eine Anomalie darin finden, daß durch Ueberlassung des Quasibesitzes an einer Servitut ein solcher Contract entstehen solle, da dieser als Realcontract nur durch Hingeben einer Sache entstände, hier aber weder die körperliche Sache, an welcher die Befugniß geübt werden soll, hingegeben wird, noch die unkörperliche Sache, die Servitut, welche anscheinend verpfändet wird, indem diese, wie wir gleich näher ausführen werden, niemals entsteht, wenn sie nicht an ein herrschendes Grundstück geknüpft und durch dessen Vermittelung einem Subjecte dem dinglichen Rechte nach erworben wird, wovon doch hier nicht die Rede sein kann. Allein einmal braucht zur Entstehung des Contractes überall nur der Besitz der Sache überlassen zu werden*), ferner aber, wenn man auch zugestehen muß,

*) L. 9 pr. L. 32 de pign. act. 13, 7.

abgesehen, nur bei Wege- und Wasserleitungsservituten möglich gewesen, da nur sie einen Interdictenschutz gehabt hätten, und der Quasibesitz anderer Servituten daher schutzlos gewesen sei[e]). Allein bei jenen gewährten auch die Interdicte nicht für alle Fälle einen genügenden Schutz, indem z. B. das interdictum *de itinere actuque privato* nicht sofort mit der Pfandbestellung, sondern erst nach dreißigtägiger Uebung der Befugniß erlangt wurde, und wenn daher der Verpfänder vor Ablauf der dadurch gegebenen Frist sein Grundstück veräußerte, so war das pignus an der Wegeservitut völlig schutzlos. Wenn ferner die Pfandgläubiger auch die Interdicte erworben hatten, so waren sie doch für den Fall, wo der Verpfänder die belastete Sache veräußert hatte, immer ohne Einrede gegen eine etwaige negatorische Klage des neuen Eigenthümers, da sie, so lange das pignus nur einen Anspruch auf den Besitz gab, kein dingliches Recht entgegensetzen konnten, und die Berufung auf den eingegangenen Pfandvertrag dem Singularsuccessor gegenüber unmöglich war. Ein solches Besitzpfand an einer Realservitut gewährte also überall nur so lange einige Sicherheit, als der Verpfänder oder seine Universalsuccessoren noch das Eigenthum der Sache behielten, für diesen Fall waren aber auch jene, welche eine städtische Servitut oder eine mit keinem besondern Interdict versehene Feldservitut hatten, doch nicht so ganz

---

daß das, was noch gar nicht existirt, auch nicht besessen werden kann, und hier darum auch nicht von einem Besitz an der Servitut die Rede sein könnte, so ist doch genau genommen der eigentliche Gegenstand des Quasibesitzes die bestimmte Eigenschaft der Sache, welche auch das Object einer derartigen Servitut sein würde, und wie es nach unserer Ausführung in § 32 nicht strenge richtig ist, wenn man von einem Prekarium an der Servitut redet, so muß man hier auch eigentlich sagen, es bestehe ein Besitzpfand an der Eigenschaft, welche den Inhalt einer servitus itineris u. s. w. bilden würde. Diese Eigenschaft ist aber jeder Zeit vorhanden, und kann auch da, wo sie dem Rechte nach ein ungeschiedener Theil des Eigenthums ist, und deßhalb keine selbständige Sache ausmacht, dem Besitze nach ausgeschieden und zur Sache geworden sein, wie das nicht nur Precarium und Besitzpfand, sondern auch der Umstand beweißt, daß die Benutzung einer Eigenschaft Seitens eines Unberechtigten als Quasibesitz einer Servitut gelten kann. Demnach ist durch die Ueberlassung der Ausübung einer Eigenthumsbefugniß wirklich eine Sache auf den Gläubiger übertragen, und deßhalb findet der Satz Anwendung: contractus re contrahitur.

e) Rudorff a. a. O. S. 324. Reinhard Schmid a. a. O. S. 349.

schutzlos, indem sie, wenn sie auch nicht aus eigenem Namen gegen den Störer klagen konnten, doch auf Grund des Pfandvertrags, als eines contractus bonae fidei mit der actio pigneratitia contraria vom Verpfänder fordern konnten, daß er das Mittel anwende, welches die bei Eingehung des Contrakts beabsichtigte Wirkung allein zu erhalten vermöchte, und daß er darum wegen der seinem eigenen Besitze an der ganzen Sache in der Person seines Stellvertreters (des Pfandgläubigers) angethaenen Störung Klage erhebe, beziehungsweise die entstandene Klage abtrete. Und gegen den Verpfänder selbst schützte ja ebenfalls die genannte Contraktsklage.

Es läßt sich nicht leugnen, daß dieses pignus des alten Rechts, wenn es an einer städtischen Servitut bestellt war, nur wenig Sicherheit gewährte, aber dies war überall bei dem Faustpfande des alten Rechts der Fall, und dennoch mag es häufig genug vorgekommen sein, daß ebenso, wie ein Nachbar dem andern precario gestattete, einen Balken in die fremde Mauer zu immittiren[f]), er dies auch von vorne herein für so lange gestattete, bis er selbst eine bestimmte Schuld abbezahlt haben werde. Es möchte kein Grund vorhanden sein, warum man dies Verhältniß nicht dem alten Besitzpfand beizählen sollte, und weiter ist auch hier kein Grund, um die Anwendbarkeit desselben für das spätere römische Recht zu leugnen. Nur ist der Name pignus dafür unanwendbar geworden, seitdem er dazu dient, ein Institut zu bezeichnen, welches aus der Verschmelzung des alten Besitzpfandes und der neuern hypothekarischen Klage enstanden ist, und eben so wenig dürfen wir dieses Verhältniß als eine Verpfändung der Servitut auffassen, da das Pfandrecht an einem dinglichen Rechte nothwendig wieder ein dingliches Recht sein muß. Wir werden sehen, wie unrichtig es aus obigen Gründen ist, wenn man mit Schmid die l. 11 § 3 und l. 12 de pign. 20, 1, wo die Verpfändung nur für einzelne Rusticalservituten gestattet wird, als ein reines Besitzpfand auffassen will[g]).

f) L. 15 § 2 de precario 43. 26.

g) Die für die Entwicklung des Pfandrechts so wichtige Verbindung der fiducia und des alten pignus bei Verpfändung einer einzigen Sache (vergl. Rudorff. die Pfandklagen in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 13 S. 181 ff.) wird für die Realservituten bei der eigenthümlichen Natur ihres Interdictenschutzes selten und unpraktisch gewesen sein.

Die Ausbildung der hypothekarischen Klage brachte eine totale Umgestaltung des alten Pfandrechts hervor. Die Verpfändung einer körperlichen Sache verleiht jetzt dem Pfandgläubiger weder Eigenthum an dem Pfandobject, wie die alte fiducia, noch ist ihre Wirkung darauf beschränkt, den Besitz einzuräumen, so daß, wenn er aufgehört hat und die zu seinem Schutz gegebenen Rechtsmittel erloschen sind, jede Sicherheit verloren ist, wie bei dem alten pignus, sondern die Verpfändung gewährt jetzt vor Allem das stets mit dinglichen Klagen geschützte Recht, die verpfändete Sache seiner Zeit so, als ob man Eigenthümer wäre, zu veräußern und sich aus dem Erlöß bezahlt zu machen. Wollte man nun diese, zunächst wohl bei Verpfändung der körperlichen Sache gemachten Fortschritte auch auf die Verpfändung der Realservituten übertragen, so konnte der Pfandgläubiger nicht selbst mehr Servitutberechtigter sein, wie er in jenem Falle nicht Eigenthümer war, sondern er hatte nur das Recht, die Servitut zu veräußern, d. h. also, da sie seither noch keinen Innehaber hatte, sondern die durch sie verliehene Befugniß mit dem Eigenthum verbunden war, statt des Eigenthümers die betreffende Eigenschaft der Sache aus derselben als selbständige Sache auszuscheiden, und sie an den Meistbietenden, so fern er im Besitz eines Nachbargrundstücks ist, also zu übertragen, daß dieses fortan der Träger der Servitut wird. Den Römern konnte eine solche Anwendung des neuen Instituts der Hypothek auf die Servituten dadurch nahe liegen, daß sie, wie oben dargestellt ist, die ältesten Formen der Verpfändung auf die Servituten leicht anwenden konnten, und sich dadurch gewöhnt haben mochten, in der Servitutbestellung ein geeignetes Mittel zu sehen, um Forderungen sicher zu stellen. Ob und wie weit sie nun aber auch wirklich dadurch bewogen worden sind, die Hypothek an Realservituten zuzulassen, werden wir erst genügend erörtern können, wenn wir uns vorher die Frage beantwortet haben, wie weit denn eine solche Anwendung mit den sonst im römischen Pfand- und Servitutenrecht geltenden Regeln übereinstimmt.

Man hat in Beziehung hierauf sich mit Recht darauf berufen, wie zur Zeit der Pfandbestellung das Pfandobject, welches hier nicht der Besitz einer Eigenschaft der Sache, sondern das dingliche Recht, die Servitut, ist, noch gar nicht existirt, sondern sie, wie in l. 63 de usufr. 7, 1, in l. 5 pr. si ususfr. petat. 7, 6 u. a. a. O. (vgl.





§. 5 S. 41) gesagt wird, so lange die Herrschaft über die ihr zu Grunde liegende Eigenschaft der Sache mit dem Eigenthum verbunden ist, in diesem untergeht. Darin wird auch nichts geändert, wenn mit der Hypothek ein Besitzpfand verbunden ist, also ein pignus des neuern Rechts constituirt ist, indem auch hier das eigentliche Pfandobject noch gar nicht existirt, sondern ebenfalls erst im Moment der Veräußerung in der Person des Pfandkäufers entsteht, und das, was der Pfandgläubiger besitzt, genau genommen etwas ganz anderes ist, wie die verpfändete Sache. Denn da jede Realservitut in dem Bedürfniß der herrschenden Sache die Grenze ihres Inhalts findet, und die Servitut, wenn sie beim Pfandverkauf definitiv constituirt wird, mit einem ganz andern herrschenden Grundstück verbunden wird, als das ist, für welches sie jetzt vorläufig ausgeübt wird, so ist die Sache, die später als Pfand verkauft wird, auch eine andere, als die, welche jetzt als solches besessen wird, und erstere existirt also eben so wenig, als ob eine bloße Hypothek bestellt sei.

Demnach kann es auch einer strengen Rechtsauffassung nach nicht möglich sein, daß schon im Moment der Verpfändung ein dingliches Recht an der Servitut, als an einer noch gar nicht existirenden Sache, entstehen soll. Rudorff[h]) glaubt freilich, Zachariä's Ausführungen, die zu einem gleichen Resultat führen, durch die Frage widerlegen zu können, „warum sollte der Eigenthümer eine noch nicht bestellte Servitut nicht verpfänden können, da er sie [nach l. 6. § 5 de act. emt. vend. 19, 1] doch verkaufen kann"? und Lang[i]) pflichtet ihm völlig bei. Allein zwischen beiden Fällen kann eine Analogie nicht behauptet werden, da ja auch über fremde Sachen von einem Jeden Verkaufverträge geschlossen werden können, trotzdem daß er niemals ein sofort wirkendes Pfandrecht daran bestellen konnte. Wohl aber könnte man sich auf die Analogie des Pfandrechts an den Früchten einer Sache berufen, indem diese ebenfalls noch nicht existirende Sachen sind, und erst wenn sie von der Hauptsache getrennt sind, zu selbständigen Rechtsobjecten werden, so daß also bei ihnen die körperliche Scheidung in dieser Beziehung dasselbe ist, was bei den Realservituten die durch rechtliche Fiction vor sich gehende

h) A. a. O. S. 332.
i) A. a. O. S. 348.

Trennung der einzelnen Eigenschaft aus der Gesammtheit des Eigenthums. Allein mit Hülfe dieser Analogie vermöchte man doch noch keine durchgreifende Klage aus dem Pfandrecht an Servituten abzuleiten, indem es hier nicht genügt, daß für den Fall, wo die Sache, welche als künftige verpfändet ist, zur Existenz gelangt, das Pfandrecht daran anerkannt werde, wie das bei Verpfändung anderer künftiger Sachen genügt, sondern die Klage grade dahin gehen muß, den Verpfänder oder seinen Nachfolger im Eigenthum der als dienenden bezeichneten Sache zu zwingen, daß er das Pfandobject, das nur er zu schaffen vermag, auch wirklich aus seinem Eigenthum ablöße. Daß aber, um zu einer solchen positiven Handlung zu nöthigen, eine dingliche Klage oder speciell die confessorische Klage, welche sonst immer das Vorhandensein einer Servitut zur nothwendigen Voraussetzung hat, gegeben werde, das entspricht den Principien des römischen Rechts hinsichtlich der Natur der Klagen durchaus nicht, vielmehr würde ein solches Pfandrecht nur durch eine actio in personam geltend gemacht werden können, die darauf gerichtet wäre, daß der Eigenthümer die Servitut leisten müsse. Diese würde sich auf den Pfandvertrag stützen, und deßhalb wäre einmal kein Rechtsgrund aufzufinden, um den Uebergang der Verpflichtung auf den Singularsuccessor des Verpfänders zu rechtfertigen, so daß die Klage nur gegen den Verpfänder und seine Erben gehen könnte, anderer Seits würde aber das eigentliche Object der Verpfändung nur ein persönlicher Anspruch an den Verpfänder sein, so daß ein solches Pfandrecht im Concurse gar keine Sicherheit gewähren würde, und sich dafür überhaupt alles das wiederholen ließe, was wir bei Besprechung der Verpfändung eines bestehenden Usufructs Seitens des Usufructuars (§ 27 S. 236) gegen die herrschende Auffassung eines solchen Geschäfts hervorgehoben haben. Dafür daß das Pfandrecht in dem hier vorliegenden Falle nur gegen den Verpfänder und seine Erben, nicht gegen Singularsuccessoren geltend zu machen sein würde, spricht daneben auch noch die Analogie des Pfandrechts an künftigen Früchten, sowie an andern res futurae, indem dieses nur dann wirksam ist, wenn die Sachen bei ihrer Entstehung sich in bonis des Verpfänders befinden, und kann daher richtiger Ansicht nach da nicht mehr geltend gemacht werden, wo die Hauptsache vor der Trennung der Früchte aus dem Eigenthum des Verpfänders und seiner Erben

getreten ist[k]). Wie daher der strengen Consequenz nach ein Pfandrecht an einer noch nicht bestehenden Servitut ein durchaus unnützes Institut sein müßte, wird hiernach einleuchten.

Dies dürfen wir bei Erklärung und Würdigung der Stellen, in denen ein solches Pfandrecht dennoch zugelassen wird, nicht aus den Augen verlieren. Die Stellen sind die l. 11 § 3 und l. 12 de pign. 20, 1.

Nachdem Marcian [und zwar stammt die Stelle aus dem von den Compilatoren so vielfach benutzten liber singularis ad formulam hypothecariam] im § 2 der l. 11 zuerst die Frage aufgeworfen hat: Ususfructus an possit *pignori hypothecaeve* dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? und dann mit Berufung auf Papinian dem Pfandgläubiger Exceptionsschutz zugesagt hat [vgl. die Besprechung dieser Stelle in § 27 S. 236], fährt er im § 3 also fort:

> Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

Daran haben die Compilatoren als l. 12 folgende Stelle angereiht:

> *Paulus* libro LXVIII ad Edictum. — Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse. Pomponius ait, ut si talis pactio fiat, [ut] quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat —, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

In beiden Stellen wird nicht ausdrücklich gesagt, ob von der Verpfändung einer schon bestehenden Servitut Seitens des Servitutberechtigten, oder von unserer Verpfändung Seitens des Eigenthümers die Rede ist. Von der Pfordten[l]), der davon ausgeht, daß ein innerer Grund für das Verbot der letzteren nicht aufgefunden werden könne, will deßhalb den § 3 der l. 11 nur auf die Ver-

---

k) Vgl. den Aufsatz Francke's „Von den Früchten des Pfandes" im Archiv Bd. 30, S. 151—194 (1847) und von Vangerow Leitfaden Bd. I. S 938 ff.

l) Archiv für civ. Pr. Bd. 22, S. 28.

pfändung Seitens des Servitutberechtigten beziehen, und kommt darum zu dem Resultat, daß nach den beiden angeführten Stellen alle Realservituten verpfändet werden können. Allein schon der Satzbau und der Zusammenhang des § 3 spricht für eine andere Auffassung, indem die an die Spitze des vorhergehenden Paragraphen gestellte Frage, ob ein Usufruct verpfändet werden könne, ausdrücklich auf beide Fälle bezogen wird, ob der Eigenthümer verpfänden könne und dann, ob der Usufructuar es könne. In der Antwort geht er zwar nur auf den letzten Fall näher ein, weil dieser zweifelhafter sein konnte, aber es ist nicht glaublich, daß er beim Uebergang zu einer andern Frage, die auch wieder in Beziehung auf beide Fälle gestellt werden kann, nun mit so allgemeinen Ausdrücken, die sich auf beide deuten lassen, nur den letztern besprechen will. Allein wenn auch dieser § 3 gar nicht von der Verpfändung Seitens des Eigenthümers spräche, so würde das dennoch den Satz, daß städtische Servituten nicht verpfändet werden können, in keiner Weise zu alteriren vermögen. Denn wenn, wie wir darzulegen versuchten, jede Servitutverpfändung Seitens des Eigenthümers eine Singularität ist, die mit den sonstigen römischen Grundsätzen über Servituten in Widerspruch steht, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie nur da zuzulassen ist, wo sie ausdrücklich in den Gesetzen gestattet ist, wo diese schweigen, werden wir sie verwerfen müssen und dürfen bekannten Regeln gemäß der analogen Erweiterung keinen Raum geben.

Die darauf folgende l. 12 des Paulus läßt ebenfalls eine zweifache Beziehung, auf die Verpfändung Seitens des Eigenthümers und auf die Seitens des Servitutberechtigten, zu. Welche von beiden aber der Entscheidung zu unterlegen sei, darüber ist die Jurisprudenz fast nie zweifelhaft gewesen, und wenn auch der hier ausgesprochene Satz nach jeder Seite hin zu einer Singularität führt, so ist doch diese bei der Verpfändung der Servitut Seitens des Servitutberechtigten, wo sie erst zu einer Ausübung durch den Pfandgläubiger, ohne daß dieser zugleich das herrschende Grundstück benutzt, und dann beim Pfandverkauf zu einer Uebertragung auf ein anderes herrschendes Grundstück führen muß, so sehr viel größer und widerstreitet den sonst mit strenger Consequenz eingehaltenen und die ganze Servitutenlehre beherrschenden Satz von der Unveräußerlichkeit der

Realservituten in so auffallender und ungemilderter Weise, daß dagegen die Singularitäten der Verpfändung durch den Eigenthümer, welche ohnehin sich nur bei einer genauern Zergliederung der innern Structur eines solchen Verhältnisses auffinden lassen, und nicht sofort in der äußern Erscheinung entgegen treten, so daß sie noch in neuster Zeit mitunter geleugnet sind, weit in den Hintergrund treten. Wir werden daher die l. 12 de pign. nicht anders erklären können, als daß darin für die Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten anerkannt wird, daß sie Gegenstand eines Seitens des Eigenthümers eines Grundstücks bestellten Faustpfandes sein können. Was aber der Gläubiger durch diese obpigneratio erwirbt, darüber gehen die Ansichten unserer Juristen mannigfach auseinander.

Nur ein Recht von sehr geringem Umfange will ihm Schmid zugestehen[m]), indem er ihm eine jede dingliche Klage abspricht und ihn auf die Interdicte beschränkt, welche die Ausübung dieser Servituten schützen, oder falls er diese noch nicht erworben hat, auf die actio pigneratitia contraria, mit der er vom Verpfänder fordern soll, daß dieser mit den ihm zum Schutz an der körperlichen Sache zustehenden Interdicten auch die Ausübung jener Befugnisse decke. Wenn er so dem pignus die hypothekarische Klage abspricht, so nimmt er ihm das charakteristische Kennzeichen des neuern Pfandrechts und sieht also in dem in l. 12 erwähnten Rechtsverhältniß das pignus des alten Rechts. Dagegen spricht aber zunächst, daß, wie wir schon oben ausführten, der Grund, aus dem Schmid und auch Rudorff die Beschränkung der Verpfändbarkeit auf die vier Servituten ableiten, keineswegs unzweifelhaft ist, es vielmehr wahrscheinlich sein dürfte, daß ein solches reines Besitzpfand nicht allein bei den vier genannten Servituten möglich war, indem, wie auch Schmid anerkennt, einen überall wirksamen Rechtsschutz auch die betreffenden Interdicte nicht gewähren, der indirecte Schutz mittelst der actio pigneratitia contraria aber auch bei pfandweiser Ueberlassung der Ausübung städtischer Servituten erreicht werden konnte, und ferner ganz unzweifelhaft dann auch jenen vier Servituten die servitus aquaehaustus in dieser Beziehung hätte gleichgestellt werden müssen, da diese ebenfalls mit einem eigenen Interdict [de fonte] geschützt

m) A. a. O. S. 349.

war[n]). Ferner aber ist es im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß Juristen der klassischen Zeit und noch dazu der spätern, eine solche bloße Besitzüberlassung noch als pignus haben bezeichnen können. Schon ehe die actio Serviana ihre weite Bedeutung erhalten hatte, mochte das alte pignus durch die Fiction der Seitens des Verpfänders geschehenen Cession der dinglichen Klagen häufig genug durch diese geschützt worden sein; später aber war es zu einem unabweislichen Bestandtheil jedes Pfandrechts geworden, daß es durch die hypothecaria geschützt werde, und Marcian konnte daher jeden Unterschied zwischen Hypothek und Pignus leugnen[o]), Justinian in den Institutionen [§ 7 de act. 4, 6] aber lehren:

Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest.

Mit solchen Stellen verträgt es sich aber schlecht, wenn in der l. 12 zwei Juristen dennoch von einem pignus viae, itineris, actus, aquaeductus reden, dem jede dingliche Klage und demnach consequent auch jede dingliche Einrede, also jeder Rechtsschutz gegen die actio negatoria des Singularsuccessors im Eigenthum der belasteten Sache fehlen soll. Endlich weißt das Verkaufsrecht, welches hier ohne Weiteres dem Pfandgläubiger zugesprochen wird, darauf hin, daß nicht von dem alten Besitzpfande die Rede ist, da mit diesem die Befugniß, sich aus dem Verkauf des Pfandobjects bezahlt zu machen, keineswegs immer verbunden war, sondern diese erst nach der Entwicklung der hypothekarischen Klage zu einem integrirenden Bestandtheile des Pfandrechts wurde. Die Anwendung des Verkaufsrechtes auf das reine Besitzpfand fand aber nicht nur darin Schwierigkeiten, daß das Recht zu unsicher war [denn eine Veräußerung der körperlichen Sache stellte es jedesmal in Frage], und sich daher schwerlich ein Käufer gefunden haben wird, der einen entsprechenden Preis

---

n) L. un. de fonte 43. 22 Schmid versucht das Nichterwähnen dieser Servitut dadurch zu erklären, daß Paulus jenes uns nur durch Ulpian überlieferte Interdict nicht gekannt habe [und doch schrieb er fast gleichzeitig mit dem letzteren und das Interdict ward durch das allgemein bekannte prätorische Edict eingeführt], oder diese Servitut nicht für wichtig genug gehalten habe [und doch war sie so wichtig, daß der Prätor sie ausdrücklich im Edict berücksichtigen zu müssen glaubte].

o) L. 5 § 1 de pign. et hypoth. 20, 1.

zahlte, sondern besonders dadurch, weil der Pfandgläubiger gar kein Mittel hatte, um die ihm zustehenden Interdicte, welche grade nach Schmid's Ansicht den Kern des Pfandrechts ausmachen, auf den Käufer zu übertragen. Denn er hatte sie ja nur, weil er im vergangenen Jahre die verpfändete Befugniß so und so oft oder innerhalb einer bestimmten Befugniß ausgeübt hätte, und wenn sich auf diese von ihm geschehene Ausübungshandlung auch der, welcher im Besitz des Grundstücks succedirte, zu dessen Gunsten die Befugniß geübt war, jeder Zeit berufen konnte[p]), so war es doch nicht möglich, das so begründete Interdict zu Gunsten eines andern Grundstücks zu benutzen, da dessen Voraussetzung immer war, daß schon so und so oft die Befugniß grade nach dem Grundstück hin, für welches der Kläger den Schutz beansprucht, geübt sei[q]). Der Umstand also, daß nach der l. 12 der Pfandgläubiger die verpfändeten Servituten ebenso veräußern soll, wie andere Pfandobjecte, weißt darauf hin, daß das Pfandrecht doch einen andern Inhalt haben muß, als den durch die Interdicte geschützten Besitz, da dieser als solcher nicht übertragen werden kann, und wir gelangen so aus allen diesen Gründen dahin, daß das in l. 12 erwähnte pignus nicht das alte Besitzpfand sein kann, sondern ein wirkliches, mit einer hypothekarischen Klage geschütztes Pfandrecht sein muß.

Doch auch unter denen, die dieses mit uns annehmen, gehen die Meinungen über das Wesen dieses Pfandrechts und namentlich der zu dessen Schutz gegebenen hypothekarischen Klage weit auseinander. Zunächst ist Lang[r]) durch die Gründe, welche dies ganze Pfandrecht als ein singuläres Institut erscheinen lassen, bewogen worden, den eigentlichen Pfandgegenstand nicht in der Servitut, sondern in der körperlichen Sache zu suchen. Er sagt, die Servituten-Verpfändung habe keine andere Bedeutung, als die einer körperlichen Sache, vielmehr werde das ganze Prädium in den Pfandnexus gezogen, nur mit dem Unterschiede, daß der Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung nicht das Grundstück selbst verkaufen wolle und dürfe, sondern nur eine Servitut. Die pignoris vindicatio soll

---

p) L. 5 § 2 de itinere actuque privato 43, 19.

q) L. 1 § 15 de aq. quot. 43, 20 [vgl. § 16 S. 146].

r) A. a. O. S. 337—341, S. 345 und 346.

demnach auch ebenso auf die körperliche Sache gerichtet sein, als ob diese verpfändet sei, und muß also eine in factum concipirte Vindication der Sache gewesen sein; Lang beruft sich hierfür auf die Fassung der Klagformel, welche dem Richter aufgelegt habe, zu verurtheilen, wenn nicht das Geld gezahlt oder die Sache restituirt werde. Dieses rem restituere, zu welchem der Innehaber einer verpfändeten körperlichen Sache gezwungen wird[a]), wendet er so unmittelbar auf die Verpfändung einer Servitut an, daß er hier dieselbe körperliche Sache, die im Pfandvertrage als Pfandobject gar nicht genannt ist, restituirt haben will, freilich nicht, um sie zu verkaufen, sondern nur um die Servitut auszuscheiden. Demnach nimmt er an, daß der Pfandnexus von weiterm Umfange sei, wie das Veräußerungsrecht, und dadurch also einem Theil des Pfandrechts der Bestandtheil, welcher sonst im spätern römischen Recht das charakteristische Merkmal jedes Pfandrechts ist, die Befugniß zur Veräußerung und zur Befriedigung aus dem Erlöß, entzogen sei; ferner daß eine ganz andere Sache [nämlich die körperliche] verpfändet, eine andere von den Paciscenten im Pfandvertrage genannt sei [nämlich die unkörperliche, die Servitut]. Daß man lediglich auf dem Wege der Analogie vermittelst der über die Verpfändung körperlicher Sachen geltenden Grundsätze niemals zu dem Resultate gelangen kann, wie Lang anzunehmen scheint, möchte bei Berücksichtigung der erwähnten Eigenthümlichkeiten einleuchten, und es kann daher nur die Frage entstehen, ob wir Grund zu der Annahme haben, daß die römischen Juristen durch das von Lang erwähnte, allerdings wieder anomale Mittel die nach unsern obigen Ausführungen bei der Verpfändung von Servituten entstehende Anomalie zu vermeiden suchten. Diese Frage glaube ich aber verneinen zu müssen. Denn wenn wir uns erinnern, wie Servitut und Eigenthum gänzlich verschiedene Sachen zum Gegenstand haben, wie nach römischer Auffassung die Servitutbefugniß niemals als ein Theil der Herrschaft über die körperliche Sache aufgefaßt wird (vgl. S. 32 und ff. S. 41 und ff.), so müssen wir auf die in der l. 12 de pign. gebrauchten Ausdrücke ein besonderes Gewicht legen und müssen auch bei Verpfändung der Servitut nothwendig ein anderes Object an-

---

a) L. 16 § 3 de pign. 20, 1.

nehmen, als bei Verpfändung der körperlichen Sache. Wir verlassen die ganze römische Auffassung der Servituten, wenn wir annehmen, daß ihre Verpfändung sich nur dadurch von der Verpfändung der körperlichen Sache unterscheide, daß sie ein anderes Maaß angebe, bis zu welchem dasselbe Object haften soll. Dazu kommt aber, daß diese Lang'sche Auffassung der Servitutverpfändung sich nicht darauf beschränkt, die in l. 12 de pign. erwähnte Entscheidung wissenschaftlich zu erklären, und ihr eine Stellung im Rechtssystem zu schaffen, sondern zu praktisch wichtigen Resultaten führt, die wir nicht eigenmächtig acceptiren können, wenn uns kein Gesetz und keine Analogie zur Seite steht. Dies zeigt sich nämlich hinsichtlich der Stellung des Pfandrechts an der ganzen Sache zu dem an einzelnen Servituten an derselben Sache.

Daß ein älteres, die ganze Sache umfassendes Pfandrecht durch eine spätere Verpfändung der Servitut nicht berührt werden kann, möchte nach dem, was im § 8 S. 79—84 ausgeführt worden ist, unzweifelhaft sein, indem, wenn die spätere definitive Servitutbestellung die einzelne Servitutbefugniß dem Pfandrecht nicht zu entziehen vermag, dazu noch weniger die Verpfändung der Servitut im Stande sein kann. Was dagegen die spätere Verpfändung der ganzen Sache betrifft, so muß diese nach Lang's Ansicht dasselbe Object betreffen, wie die Verpfändung der Servitut, und das hat zur Folge, daß das aus der letztern fließende Pfandrecht die Geltendmachung des erstern, als eines jüngern, dieselbe Sache umfassenden, verhindert. Man kommt also dahin, daß der, welcher anscheinend das älteste Pfandrecht an der Sache hat, doch nicht veräußern darf, weil ein anderer ein Pfandrecht von früherem Datum an einer Servitut derselben Sache hat[1]), während, wenn man die unkörperliche Sache als das Object des letztern ansieht, eine völlig selbständige, von einander unabhängige Uebung beider Pfandrechte anerkennen muß. Hiervon abzuweichen, dazu werden wir durch keinerlei Andeutung unserer Quellen bewogen, und ist es also unsers Erachtens nicht möglich, die Verpfändung der Servituten als eine Verpfändung der körperlichen Sache selbst bis zum Belauf der Servitutbefugniß anzusehen.

1) L. 1 de distr. pign. 20, 5; l. 8 C. qui pot. in pign. 8, 18; l. 1 C. creditorem evictionem non debere 8, 46.

Demnach bleibt uns nichts übrig, als, wie es auch die Mehrzahl der Schriftsteller thut, die l. 12 de pign. so zu erklären, daß die dem Rechte nach allerdings noch nicht existirende Servitut als schon vorhanden propter utilitatem contrahentium fingirt wird, und an dieser fingirten unkörperlichen Sache mit der actio hypothecaria das Veräußerungsrecht geltend gemacht wird. Die gewöhnliche Meinung nimmt aber an, daß diese hypothecaria eine utilis confessoria actio sei, die, wie namentlich Büchel[u]) ausgeführt hat, bezweckt, den Besitz der verpfändeten Sache zu erlangen, da ohne denselben das Veräußerungsrecht nicht geübt werden könne. Allein die letztere Behauptung möchte nicht erwiesen werden können, und der Pfandverkauf sowohl an körperlichen wie an unkörperlichen Sachen geschehen können, ohne daß der Gläubiger sich vorher in den Besitz gesetzt hat[v]). Durch Annahme der hypothecaria als eine confessoria gelangt man aber dahin, dem Pfandgläubiger das Recht zur Vindication einer Servitut zuzugestehen, ohne daß er irgend wie Servitutberechtigter ist, und stößt dadurch wiederum auf eine bedeutende, durch keine Analogie gerechtfertigte Anomalie. Man wird freilich entgegenhalten, wie doch der Innehaber eines Pfandrechts an einer körperlichen Sache auch ohne Eigenthümer zu sein, eine utilis rei vindicatio anstelle, und demnach doch in beiden Verhältnissen völlige Uebereinstimmung herrsche. Allein der Pfandgläubiger, der die Sache vindicirt, stellt, wie uns die Formel der Pfandklage beweist, seine Vindication auf Grund des dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung zugestandenen Rechts an, er klagt aus dessen Rechte; die confessorische Klage hat aber der Eigenthümer auch zur Zeit der Verpfändung nicht gehabt[w]), und daher kann der Pfandgläubiger sie auch nicht auf Grund von dessen Recht erheben. Als Stellvertreter eines Andern kann er sie aber auch nicht anstellen, da ein Servitutberechtigter, dem sie möglicher Weise zustehen könnte, noch gar nicht existirt, sondern erst durch den Pfandverkauf, den die

---

u) A. a. O. S. 366.

v) L. 2 C. de distr. pign. 8, 28; arg. leg. 13 D. de distr. pign. 20, 5. Vgl von der Pfordten a a O. S 27 und Lang a. a. O. S. 336.

w) L. 63 de ususfr. 7, 1; l. 5 pr. si ususfr. petatur 7, 6: vgl. § 5 S. 41.

hypothecaria ja grade anbahnen will, geschaffen werden soll. Welche Klage aber der Pfandgläubiger als hypothecaria anzustellen hat, das werden wir erkennen, wenn wir die bei dem Pfandrecht an körperlichen Sachen übliche Formel, auf die wir uns schon eben beriefen, der nähern Betrachtung unterziehen[x]).

Die Formel der actio Serviana, als einer arbitraria actio[y]), wies den Richter an, zunächst zu untersuchen, ob ein Pfandvertrag abgeschlossen und die Pfandschuld seither nicht getilgt sei[z]). „Octavius iudex esto. Si paret, eam rem q. d. a. ob pecuniam promissam Aulo Agerio pignori obligatam, eamque pecuniam neque eo nomine satis factum esse neque per Aulum Agerium stare, quominus solvatur satisve fiat", so mochte demgemäß der Anfang lauten; weiter aber ward darin gesagt „eamque rem eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse"[aa]).

Mit diesen Worten, auf welche die mehrfache bruchstücksweise Erwähnung derselben hinweist, entlehnte der Kläger den Rechtsgrund aus der Person des Verpfänders, indem er für diesen nicht etwa quiritarisches Eigenthum, sondern den weitern Begriff des in bonis in Anspruch nahm, und so auf dessen Recht auch sein eigenes Recht zur Anstellung der Klage gründete. Wo künftige Früchte verpfändet waren, mußte der Richter untersuchen, ob die Hauptsache, von welcher diese Früchte producirt werden sollten, zur Zeit der Verpfändung dem Schuldner zustand[bb]). Dem gemäß wird dieser Theil der Pfandklage bei Verpfändung von Servituten etwa so gelautet haben:

Si paret iter agri Semproniani q. d. a. pignus ob pecuniam promissam Aulo Agerio datum neque solutam esse u. s. w.

---

x) Wir folgen hier hauptsächlich Francke's Abhandlung „zur Lehre von der Pfandklage" in seinen civilistischen Abhandlungen, Göttingen 1826 S. 65—128, Rudorff's Abhandlung über die Serviana in seinem Aufsatz „die Pfandklagen" in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 13 (1846) S. 226—237 und Bachofen's röm. Pfandrecht Bd. 1. Basel 1847.

y) L. 16 § 3 de pign. 20, 1.

z) L. 11 § 4 qui potior. 20, 4; l. 1 C. si pign. conv. 8. 33.

aa) L. 3 pr. l. 15 § 1 de pign. 20, 1; l. 23 de probat. 22, 3; l. 6 C. si aliena res 8, 16.

bb) L. 11 § 3 qui pol. in pign. 20, 4.

pecuniam, eumque agrum eo tempore, quo convenit de pignore, in bonis debitoris fuisse[cc]).

Die Condemnation mußte nun aber trotz der auf das Recht des Debitors gestützten Intention auf die Person des Klägers gestellt sein und lautete daher für das Pfandrecht an körperlichen Sachen etwa so: „nisi arbitrio iudicis Numerius Negidius Aulo Agerio aut rem restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res est Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve[dd]). Also war, von der Möglichkeit der Befreiung durch Zahlung der Pfandschuld abgesehen, die Condemnation ebenso gefaßt, als ob der Kläger eine Eigenthumsklage angestellt habe. Zum Zwecke der Realisirung eines Pfandrechts an Servituten kann die Vindication nicht benutzt werden, die immer dahin geht, sämmtliche Eigenthumsbefugnisse gegen den, der sie alle in Anspruch nimmt, geltend zu machen; wo der Eigenthümer eine einzelne aus seinem Eigenthum fließende Befugniß einem Unberechtigten gegenüber zur Anerkennung bringen will, muß er die ihm eigens hierzu gegebene negatorische Klage erheben, und wenn daher der Pfandgläubiger auf Grund des Rechtes des verpfändenden Eigenthümers eine solche einzelne Befugniß in Anspruch nimmt, so muß er ebenfalls die negatorische Klage als hypothecaria actio anstellen. Demnach ist die Condemnation in der Formel der Pfandklage für den Fall, wo eine Servitut zum Faustpfand gegeben ist, und der Quasibesitz des Faustpfands verlangt wird, so umzuändern:

nisi arbitrio iudicis Numerius Negidius aut Aulum Agerium ire patiatur, aut ei pecuniam solvat, quanti ea res est condemna u. s. w.

Da aber, wo der Pfandgläubiger nicht die Ausübung der Servitut für sich in Anspruch nimmt, sondern nur seine Befugniß zur Servitutbestellung anerkannt haben will, wird es geheißen haben:

---

cc) Wurde die Klage angestellt, um dem Faustpfandgläubiger zum Quasibesitz der Servitut zu verhelfen, so wird nach der oft erwähnten l. 12 de pign. in die Intention noch ein weiterer Zusatz haben aufgenommen werden müssen, nämlich etwa in dieser Art: „et Aulum Agerium fundum agro Semproniano vicinum habere".

dd) L. 16 § 3 de pign. 20, 1.

nisi arbitrio iudicis Numerius Negidius aut iter ab Aulo Agerio constitutum patiatur, aut pecuniam solvat u. s. w.

Auf diesem Wege, den freilich seither noch niemand einzuschlagen versucht hat, glauben wir das vom Eigenthümer bestellte Pfandrecht an einzelnen Servituten noch am meisten mit den sonstigen Principien des Pfandrechts in Einklang zu bringen, und so paradox es auf den ersten Anblick auch erscheint, daß jemand mit der Negatorienklage das Recht, eine Servitut auszuüben, beanspruchen soll, so vermeiden wir dadurch doch die so sehr große Anomalie, daß ein Recht mit der confessoria vindicirt wird, welches noch zur Zeit in gar Niemandes Person existirt. Erst wenn der Pfandverkauf bewerkstelligt und damit die seither als ausgeschieden aus dem Eigenthum fingirte unkörperliche Sache auch wirklich davon getrennt und einem Subjecte übergeben ist, wird die confessorische Klage erzeugt, die fortan dem Käufer des Pfandes, trotzdem daß die definitive Constituirung nicht vom Eigenthümer, sondern in seinem Namen vom Pfandgläubiger geschehen ist, ebenso als directa zusteht, wie der Käufer einer verpfändeten körperlichen Sache auch die rei vindicatio utilis hat.

Auf Grund des hier erlangten Resultats wird uns eine sonst vielfach bestrittene Frage wenig Schwierigkeiten bieten. In der besprochenen l. 12 de pign. ist hinter dem Satze, wonach der Pfandgläubiger die ihm zum Faustpfand bestellte Servitut ausüben soll, der Zwischensatz eingefügt: scilicet si vicinum fundum habeat, und dann wird von seinem Verkaufsrechte gesprochen. Nun behaupten manche, daß auch dies letztere, sowie die Anstellung der hypothekarischen Klage ebenfalls von dem Innehaben eines benachbarten Grundstücks abhängig sei, so daß der Gläubiger das Pfandrecht nicht mehr geltend machen kann, wenn er kein Grundstück inne hat, ja man wird sogar consequent fordern müssen, daß er nicht nur überhaupt irgend ein praedium vicinum besitzt, sondern gerade das, welches bei Constituirung des Pfandrechts als das vorläufig [d. h. bis zum Pfandverkauf] herrschende im Auge gehabt wurde. Wenn man mit Büchel in der Pfandklage nur eine confessoria actio utilis sieht, und ihren Zweck nur darin sucht, daß sie den Pfandgläubiger zum Zweck des Verkaufs in den Besitz setzt, so muß man allerdings den Besitz eines praedium vicinum als nothwendige Voraussetzung fordern, da ja in dieser l. 12 dasselbe Requisit für den Fall aufgestellt wird, wo der Pfandgläu-

biger gleich von Anfang an den Quasibesitz des Pfandobjects haben soll, demnach dies consequent auch da nöthig sein muß, wo er sich später den Besitz zum Zwecke der Veräußerung verschaffen will. Wenn man aber mit uns in der hypothekarischen Klage hier nur eine utilis negatoria sieht, so liegt gar kein Grund vor, um die Befugniß zur Anstellung derselben von dem Besitz eines praedium vicinum abhängig zu machen, indem ja der Pfandgläubiger nur das Recht beansprucht, welches sonst dem Eigenthümer zusteht, nämlich eine Servitut zu Gunsten eines Dritten zu bestellen, und so wenig der Eigenthümer zu diesem Zwecke irgend ein anderes Grundstück, als das, welches er grade belasten will, zu haben braucht, so wenig wird man an seinen Stellvertreter, den Pfandgläubiger, solche Anforderung stellen können.

Weiter ergibt sich aus dem Seitherigen, daß die Nichterwähnung der Hypothek in der l. 12 de pign. nicht den Sinn haben kann, daß nur ausschließlich das pignus an Realservituten möglich ist, sondern daß die Verpfändbarkeit der Hypothek als ein Selbstverständniß angesehen wird, welches mit Nothwendigkeit aus dem dort vom pignus Gesagten folgen muß. Denn da dieses nicht das alte Besitzpfand ist, sondern ein mit einer dinglichen Klage geschütztes Pfandrecht gewährt, so kann der Pfandgläubiger, wenn er den Quasibesitz und die zu seinem Schutz gegebenen Interdicte verliert, jeder Zeit dahin kommen, daß er blos auf die dingliche Klage angewiesen ist, und daher muß es auch dem Constituenten des Pfandrechts zustehen, ihn von vorne herein in solche Lage zu setzen, oder mit andern Worten, ihm eine Hypothek zu bestellen. Ohnehin ist grade darin, daß der Pfandgläubiger die Ausübung der Servitut bis zum Verkauf haben soll, die größere und auffallendere Anomalie zu suchen, indem er, wie wir ausführten, streng genommen etwas ganz anderes ausübt, als das, welches den eigentlichen Pfandgegenstand ausmacht. Die Abweichung dieser Bestimmung von dem Geiste der römischen Servitutenlehre erkennt Paulus auch vollkommen an, indem er sie am Schlusse der l. 12 zu rechtfertigen sucht, aber das nicht anders vermag, als durch die Berufung auf die utilitas contrahentium.

Wir haben seither gesehen, daß für die servitutes praediorum urbanorum die Verpfändung Seitens des Eigenthümers in l. 11 § 3 de pignor. verboten wird, dagegen solche für die Wege- und Wasserleitungsservituten in l. 12 erlaubt worden ist; es bleibt also nun noch die Frage übrig, — und damit kommen wir auf den Punkt, der die Einschaltung dieser ganzen Abhandlung an diesem Punkte nöthig gemacht hat, — wie es sich mit der Verpfändung der andern Rusticalservituten, die nicht zu jenen vieren gehören, verhalten muß, ob diese wirklich in derselben Weise, wie die vier genannten, verpfändet werden können, und ob daher in dieser Beziehung ein durchgreifender Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und rusticorum besteht. Allein wenn es uns gelungen ist, die Singularität der Verpfändung Seitens des Eigenthümers nachzuweisen; so unterliegt es keinem Zweifel, daß die l. 12 bekannten Interpretationsregeln gemäß keinerlei Ausdehnung fähig ist, und der Umstand, daß die genannten vier Servituten so häufig als Repräsentanten der andern vorkommen, vermag, zumal da sie dann auch gewöhnlich als Repräsentanten aller Realservituten gebraucht werden, wovon hier doch keine Rede sein kann, einen solchen Schluß nicht zu rechtfertigen. Aus dem § 3 der l. 11 läßt sich aber mit dem argumentum a contrario schon um deßwillen nicht der Schluß ziehen, daß die in demselben nicht erwähnten servitutes praediorum rusticorum verpfändbar seien, weil uns die vollständige Darstellung Marcian's fehlt. Nachdem er im § 2 von der Verpfändung des Ususfructs, im § 3 von der der Urbanservituten gesprochen hat, ist es wahrscheinlich, daß er in einem spätern Paragraphen von den Rusticalservituten redet; dieser ist weggeschnitten, und statt dessen jene Stelle von Paulus gesetzt.

Wie es aber kam, daß singulärer Weise die Verpfändung von Realservituten zugelassen wurde, und daß grade jenen vier Servituten diese Eigenthümlichkeit zu Theil wurde, das zu erklären, hat man die verschiedensten Wege eingeschlagen. Einen derselben haben wir schon oben bezeichnet, — darnach sollte der eigenthümliche Interdictenschutz der Grund sein — und haben ihn verwerfen zu müssen geglaubt. Gleiches können wir mit Berufung auf unsere Ausführung im § 1 (S. 8 und 9) hinsichtlich der in neuerer Zeit von Lang[ee])

ee) A. a. O. S. 346 ff.

versuchten Erklärung, welcher unter Wiederaufnahme einer früher von Bergmann und Du Roi aufgestellten Behauptung in den Rusticalservituten der ältern Zeit ein partielles Eigenthum erkennen und dem Innehaber derselben ein dominium und eine possessio corporis ertheilen will. Deßhalb habe sich die Anwendbarkeit des Pfandrechts von selbst ergeben. Aber auch abgesehen von den im § 1 dargestellten Gründen, welche gegen die ganze Annahme sprechen, daß jemals die Servituten in einem Eigenthum bestanden haben; so war doch auf jeden Fall zu der Zeit, wo die hypothekarische Klage im römischen Rechte Eingang erhielt und sich damit das neuere Pfandrecht ausbildete, eine derartige Auffassung längst unmöglich geworden und konnte daher auch nicht auf Zulassung dieser Klage bei den genannten Servituten einwirken.

Eben so wenig vermag die von Zachariä von Lingenthal[ff]) versuchte, oben im § 25 Anm. schon beiläufig erwähnte Begründung diese Erscheinung zu erklären. Er bringt sie nämlich damit in Verbindung, daß es bei den Wege= und Wasserleitungsservituten immer möglich sei, sie so allgemein zu constituiren, daß die Richtung des Wegs u. s. w. einstweilen noch in Ungewißheit bleibe, und späterer Festsetzung nöthigenfalls durch schiedsrichterliche Entscheidung vorbehalten sei. Allein einmal ist, wie schon im § 25 ausgeführt ist kein Grund vorhanden, um hierin eine Eigenthümlichkeit der Wasserleitungs= und Wegeservituten zu finden, vielmehr wird immer da, wo eine Servitut allgemein einem größern Grundstück aufgelegt ist, während sie ihrer Natur nach nur an einem einzelnen Theile desselben dauernd ausgeübt werden kann, später eine solche Fixirung möglich sein. Sodann ist aber auch nicht abzusehen, wie dieser Umstand die Verpfändung rechtfertigen soll, vielmehr läßt er sie in dem einzelnen Falle, wo eine solche Servitut in so allgemeiner Weise verpfändet ist, als eine noch größere Anomalie erscheinen. Denn wenn das Recht zuläßt, daß schon, ehe die wichtigsten Momente der Servitut von den Constituenten geregelt sind, dieselbe als völlig errichtet gelten und durch einen Schiedsrichter nöthigenfalls ergänzt werden soll, so geht es von der Voraussetzung aus, daß die Umstände dem Richter ein genügendes Material bieten, um über die nicht festge=

ff) A. a. O. S. 53.

setzten Punkte den muthmaaßlichen Willen der Constituenten ermitteln zu können, und darauf wird eben die Lage des herrschenden und des dienenden Grundstücks zu einander, das Bedürfniß des ersteren u. s. w. den entschiedensten Einfluß haben. Daß also das herrschende Grundstück fest bestimmt sei, war die Voraussetzung, unter der sich die Regel von der Gültigkeit einer allgemein constituirten Wegegerechtigkeit bildete; deßhalb konnte man bloß durch die weitere Anwendung nie dahin kommen, daß eine Servitut constituirt werden dürfe, ehe das herrschende Grundstück bestimmt war, oder mit andern Worten, daß eine Servitut verpfändet werden könne.

Die meisten andern Erklärungsversuche haben zur Voraussetzung, daß alle servitutes praediorum rusticorum verpfändet werden können, und bestreben sich daher, diese Erscheinungen auf innere, zwischen beiden Servituten bestehende Verschiedenheiten zurückzuführen. Daß dies seither in allgemein anerkannter und genügender Weise nicht gelungen ist, mag auch ein Beweis für unsere seither ausgeführte Ansicht sein, wonach die Verpfändbarkeit nur eine Eigenthümlichkeit der Wege- und Wasserleitungsservituten ist. Einen innern, aus dem Wesen dieser Servituten mit Nothwendigkeit hervorgehenden Grund vermögen wir freilich auch nicht hierfür anzuführen, wohl aber möchte der Weg, auf welchem das Recht zu diesem Resultate gelangte, reconstruirt werden können, und so doch wenigstens ein historischer Grund für diese Eigenthümlichkeit aufzufinden sein.

Wir führten oben aus, wie die Servituten auf dem Wege der fiducia oder des alten pignus immer verpfändet werden konnten, und dadurch mochte sich die Sitte gebildet haben, auch diese als Vermögensobjecte zu behandeln, die eine Sicherheit für Forderungsrechte zu gewähren vermochte. Als sich nun das Pfandrecht umgestaltete, blieb man für die Servituten nicht, wie die strenge Consequenz es verlangt hätte, bei der alten Form stehen, sondern man übertrug die mancherlei Vortheile, welche die neuen Institute gewährten, auch auf die Verpfändung der Servituten. Doch geschah diese Umwandlung des Pfandrechts zu einer Zeit, wo die Servitutenbildung noch nicht zu dem Abschluß gelangt war, den sie zur Zeit der klassischen Juristen erreichte, sondern, wenn es auch schon neben jenen vier alten Servituten manche andere geben mochte, so waren doch nur jene vier zu einer festen, immer gleichen und bestimmt charakterisirten

Gestalt gelangt, und, was besonders wichtig ist, wahrscheinlich war es nur bei ihnen allein Sitte geworden, sie zum Gegenstand der Verpfändung zu machen. Diese Sitte wurde denn dadurch consolidirt, daß man sie in die neue durch die Bildung der Hypothekenklage entstandene Pfandrechtstheorie herübernahm, dagegen die neuen Bildungen, um den Umfang der Singularität nicht noch zu vergrößern, nicht dabei berücksichtigte. Dazu kommt nun noch, daß die Natur der vier Servituten derartig ist, daß sie durch einige Verabredung bei der Verpfändung so bestimmt werden können, daß es, wenn auch nicht dem rechtlichen Begriffe, so doch dem faktischen Erfolge nach für den Eigenthümer gleichgültig sein kann, ob der Nachbar A. oder der Nachbar B. künftig die Servitut erwerben wird, indem Richtung und Umfang des Wegs, Art der Benutzung u. s. w. möglicher Weise für alle Fälle gegeben sein können, so daß die Individualität des Berechtigten daran nichts mehr zu ändern vermag. Es ließen sich zwar noch manche andere Servituten auffinden, bei denen von vorne herein eine solche Fixirung ihres Inhalts ebenso oder gar in noch höherem Grade möglich ist, wie das z. B. der Fall ist bei der Weideservitut, wenn sie für eine bestimmte Anzahl Vieh bestellt ist; allein das römische Recht hat aus historischen Gründen die Anomalie nicht auch auf sie ausgedehnt, und eine Vermehrung der verpfändbaren Servituten ist, so lange man auf dem Boden des römischen Rechts steht, nicht zulässig.

Bis jetzt haben wir also eine durchgehende Verschiedenheit zwischen servitutes praediorum rusticorum und urbanorum, die auf eine verschiedene Structur beider Rechtsinstitute hinweist, nicht aufgefunden.

§. 39.

Ist es eine charakteristische Eigenthümlichkeit der Urbanservituten, daß zum Zweck ihrer Aufhebung Servituten mit dem entgegengesetzten Inhalt errichtet werden können?

Wir finden in den Quellen mehrfach Servitutenbildungen in der Weise bezeichnet, daß wir ihren Inhalt nur in einer solchen Befugniß zu finden vermögen, die an und für sich dem Servitut-

berechtigten schon in Folge seines Eigenthums an der herrschenden Sache zustehen müßte, so daß die Erwerbung derselben auf dem Wege der Servituterrichtung nur da zu erklären ist, wo ihm durch besondere vorhergegangene Umstände diese Befugniß entzogen war. So verhält es sich hinsichtlich der servitus, oder wie sie häufig heißt, des ius altius tollendi[a]), welches nur in dem Recht bestehen kann, sein Haus nach Belieben höher zu bauen, ferner hinsichtlich des ius officiendi luminibus[b]), welches die Befugniß verleiht, auf seinem Grundstück Veränderungen vorzunehmen, auch wenn dadurch das Licht des Nachbars beeinträchtigt wird[c]).

Zur Erklärung dieser Erscheinung hat man sehr häufig den Weg eingeschlagen, eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung zu subintelligiren, in Folge deren der Bau eines Hauses über eine bestimmte Höhe zu Gunsten der Nachbarhäuser und ferner jede Veränderung, wodurch das Licht eines Hauses verringert wird, verboten gewesen sein soll, und will dann den Inhalt der genannten Servituten dahin bestimmen, daß sie diese gesetzliche Eigenthumsbeschränkung in derselben Weise aufheben, wie nach l. 2 § 10 de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3 die gesetzliche Beschränkung, vermöge deren man den Abfluß des Grundwassers der Nachbargrundstücke tragen muß, durch eine Servitut beseitigt werden kann. Von der letztern Eigenthumsbeschränkung wird uns denn auch ausdrücklich und zwar schon von einem klassischen Juristen berichtet[d]), und da sie nur und allein zum Vortheil der Nachbargrundstücke dienen konnte, so unterliegt es keinem Zweifel, daß sie durch Uebereinkommen der Privaten aufgehoben werden kann; ob es aber üblich gewesen ist, hierzu den Weg der Servitutbestellung zu wählen, und ob nicht der einfache Consens des betreffenden Nachbars genügt habe, um jede Veränderung vor-

---

a) Gaius II, 31 und IV, 3; § 2 J. de act. 4, 6; l. 1 pr. l. 2 de S. P. U. 8, 2; l. 2 de S. P. R. 8, 3; l. 26 de exc. rei iud. 44, 2.

b) L. 2 de S. P. U. 8, 2.

c) Die servitus stillicidii non recipiendi oder non avertendi lassen wir einstweilen außer Acht, um sie am Schlusse dieses Paragraphen besonders zu besprechen.

d) Ulpian in l. 11 de S. P. U. 8, 2; l. 12 § 1 und l. 13 C. de aed. priv. 8, 10.

zunehmen, könnte zweifelhaft erscheinen. Doch spricht dagegen, daß Zeno es in seinem Polizeigesetz über die bauliche Anlage der Häuser [l. 12 § 1 C. de aed. priv.] für nöthig hielt, die Wirksamkeit derartiger pacta und stipulationes besonders hervorzuheben, so daß sie also nicht so sehr häufig gewesen sein müssen, und ferner läßt sich nicht leugnen, daß, wenn auch da, wo man sofort bauen wollte, der einfache Consens denselben Vortheil verleihen konnte, wie eine derartige Servitut, sich doch dagegen diese viel brauchbarer bewähren mußte, wo man ein solches Recht zur beliebigen Veränderung seiner Baulichkeiten für die Zukunft und auch Singularsuccessoren des jetzigen Nachbarn gegenüber erhalten wollte, und so kann man in genügender Weise die servitus luminibus officiendi als bestimmt zur Aufhebung der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung erklären.

Weniger wird dies hinsichtlich der servitus altius tollendi gelingen. Mit Sicherheit läßt sich wohl erweisen, daß schon zur Zeit der klassischen Juristen Vorschriften bestanden, welche normirten, wie hoch ein Haus, wenigstens in Rom, gebaut werden dürfe[e]); daß diese Vorschriften lediglich zu Gunsten der Nachbarn gedient haben, und mit deren Zustimmung abgeändert werden konnten, ist aber unerwiesen, ja sogar durchaus unwahrscheinlich, da auch das öffentliche Wohl durch solche übermäßig hohe Bauten gefährdet werden konnte, und es ferner eine höchst unsichere Sache blieb, wie weit die schädliche Wirkung eines solchen Höherbaues ging, und welche Umwohner daher vorher zu befragen waren. Demnach spricht nicht einmal einige Wahrscheinlichkeit für eine solche Auffassung der servitus altius tollendi, und wenn sie auch noch immer ihre Vertheidiger findet, so hat sich doch wohl die Mehrzahl der Schriftsteller davon abgewendet, und einige Dissentienten abgerechnet, die Versuche gemacht haben, deren Unhaltbarkeit sich leicht erweist[f]), eine andere Erklärung angenommen, die ohne dies noch durch die Auctorität des Theophilus unterstützt wird.

Dieser umschreibt nämlich das im § 1 J. de servit. als städtische Servitut erwähnte Recht, ut stillicidium vel flumen non recipiat

---

e) Sueton. Oct. c. 89; Strabo Geogr. V, 21; Tacit. Annal. XV, 43; Epit. vit Trai. c 13. L. 1 C. de aedif. priv. 8, 10.

f) Vgl. von Vangerow, Leitfaden I. S. 834 und 835.

quis in aedes suas vel in aream vel in cloacam in seinem Commentar in folgender Weise: „Du hattest das Recht, vermöge dessen Du den Tropfenfall von Deinem Ziegeldach auf mein Haus fließen lassen konntest, und ich bat Dich, Du möchtest Deinen Tropfenfall doch nicht auf meine Ziegeln fließen lassen". Wenn wir nun auch, wie wir später ausführen werden, diese Auffassung des Theophilus für die servitus stillicidii non recipiendi nicht billigen können, so möchte sein Ausspruch doch beitragen, um wahrscheinlich zu machen, daß manche Servituten durch Errichtung entgegengesetzter Servituten aufgehoben wurden. Zwar erscheint es auffallend, daß das römische Recht die Rückkehr zur Freiheit als eine neue Servitutbestellung habe gelten lassen, und die einfache Vernichtung der frühern Servitut nicht genügt haben sollte, um dem Eigenthümer des seither dienenden Grundstücks die veräußerte Eigenschaft zurückzuerstatten, zumal da auf jene Weise künstlich wieder ein doppeltes Servitutenband zwischen beiden Grundstücken fingirt wird, die doch nach der letztern Weise von jetzt an völlig unabhängig nebeneinander stehen, und also das Rechtsverhältniß nur complicirter wird. Um hierfür ein Verständniß finden zu können, wird es von Nutzen sein, wenn man sich das Verfahren vergegenwärtigt, welches bei jeder Aufhebung einer Servitut stattzufinden pflegte.

Wir haben im § 10 S. 98 gesagt, die Servitut erlösche, wenn sie keinen Träger habe, und falle dann die veräußerte Eigenschaft nothwendig an den Eigenthümer der seither dienenden Sache zurück; da sie nun weiter ein Vermögensrecht ist, welches aufgegeben werden kann, so sollte man folgern, daß allein schon durch den ausgesprochenen Verzicht Seitens des Berechtigten, oder durch entsprechende Handlungen desselben, die einen derartigen Willen unzweideutig zu erkennen geben, die dem Eigenthümer seither entzogene Befugniß unbeschränkt für ihn aufleben müsse. Wenn dies auch für das justinianeische Recht als ein feststehendes Resultat angesehen werden kann, so scheint dasselbe doch keinenfalls auch für das vorjustinianeische Recht unangefochten gegolten zu haben; vielmehr müssen wir uns daran erinnern, daß selbst hinsichtlich des Eigenthums von den Proculejanern nicht zugestanden wurde, daß dasselbe durch bloße Dereliction untergehe, vielmehr verlangten sie außerdem noch Occupation Seitens eines

Dritten [g]). Wandte man diese Ansicht analog auf die Servituten an, so gingen sie dem Berechtigten durch seine bloße Dereliction noch nicht verloren, und also überhaupt auch nicht unter; von Dritten konnten sie aber ihrer Unveräußerlichkeit wegen nicht occupirt werden, vom Eigenthümer dagegen nicht, weil niemand an eigener Sache eine Servitut haben konnte. Ja selbst wenn man diesen Satz nicht so rigoristisch anwenden und nur Occupation der in der Servitut enthaltenen Befugniß verlangen wollte, konnte man einwenden, es fehle an einer geeigneten Occupationshandlung, da überall, wo die Servitut nicht ausgeübt würde, der Eigenthümer kraft seines Eigenthums zu handeln befugt sei, und man daher nicht erkennen könne, wo er auf Grund seines schon erworbenen Rechtes handle und, wo er eine neue Befugniß durch seine Handlung erwerben wolle. In dieser Weise mußte nach der Ansicht der Proculejaner die Dereliction für Servituten ein unanwendbares oder wenigstens sehr unsicheres Institut sein, und es scheint, als ob die Sabinianer, die hinsichtlich der Dereliction des Eigenthums andere Ansichten hatten, hierin den Proculejanern gefolgt sein oder, als ob wenigstens der römische Verkehr sich, vielleicht aus Furcht vor der Ansicht der Proculejaner, der Dereliction als Aufhebungsform für die Servituten nicht bedient habe [h]). Denn sonst erscheint es unbegreiflich, wie man sich zum Zweck des Verzichts auf die Servitut der umständlichen Form der in iure cessio bedienen konnte, wovon wir doch so manche Spuren für Real= wie Personalservituten in den Quellen finden [i]).

Denn was Dereliction nicht vermochte, das konnte auch weiter schon in Folge der Regel: quoquo modo contrahitur, eodem dissolvitur, ein einfacher Vertrag nicht bewirken, und wenn er auch dem Paciscenten gegenüber, der dennoch die Ausübung der Servitut beanspruchte, eine exceptio doli schaffen, und so Veranlassung zum Untergang der Servitut durch Nichtgebrauch werden konnte, so hob

---

g) L. 2 § 1 pro derel. 41, 7; l. 43 § 5 de furt. 47, 2.

h) Das derelinquere usumfructum in l. 64 und l. 65 de usufr. 7, 1 heißt wohl nicht den Ususfruct derelinquiren im technischen Sinne, sondern überhaupt nur ihn aufgeben.

i) Vgl. § 28 S. 258.

er selbst doch die Servitut in ihrem Bestande nicht auf, ja, während ein bei Errichtung der Servitut abgeschlossener Vertrag, wie wir § 19 S. 181 sahen, jedem künftigen Innehaber der herrschenden Sache gegenüber eine solche Exception schafft, da er ein Theil der lex servitutis wird, wird ein solcher Remissionsvertrag, der, wie gesagt, das Wesen der Servitut nicht zu ändern vermochte, nur für die Paciscenten und deren Erben bindend gewesen sein, so daß die Servitut, auf die der Berechtigte verzichtet hatte, unter Umständen wieder aufleben konnte. Wie aber schon im klassischen Rechte ein Vertrag, wenn Tradition, d. h. Gestattung der Ausübung, hinzutrat, eine Servitut zu schaffen vermochte, die wenigstens der Prätor mit seinem vollen Schutz bekleidete, so wird man auch dem Vertrage mit hinzutretender Tradition die Kraft haben zugestehen müssen, daß er die Servitut wenigstens nach prätorischem Rechte ganz aufhebe, und so erklären sich viele Stellen, welche den Untergang der Servitut durch einen remissorischen Vertrag anerkennen[k]). Allein immer gelangte erst eine spätere Entwickelung dazu, auf diese Weise die Servituten untergehen zu lassen.

Hiernach erscheint es erklärlich, daß die in iure cessio das Geschäft war, durch welches herkömmlich auf die Servitut Seitens des Berechtigten verzichtet wurde. Um auf den Gegenstand zurückzukommen, der uns zu dieser Frage geführt hat, so wird es nützlich sein, sich ein Bild der Formel zu machen, wie sie bei der solennen Recession üblich war. Glücklicher Weise ist uns diese in zwei Stellen erhalten, indem **P o m p o n i u s** in l. 21 de S. P. U. 8, 2 sagt:

> Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et tibi concessero, *ius esse invito me altius tollere aedificia tua* u. s. w.

und ebenso in l. 20 de S. P. R. 8, 3:

> Item si et ducere per tuum fundum aquam iure potuero, et in eo tibi aedificare invito me ius non fuerit, si tibi concessero, *ius esse aedificare*[l]).

---

k) L. 8 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 17 comm. pr. 8, 4; l. 4 § 12 de doli mali exc. 44, 4.

l) Es ist in beiden Stellen wahrscheinlich von den Compilatoren dasselbe

In derselben Weise also, wie in l. 4 § 7 si serv. vind. 8, 5 das Verfahren einer negatorischen Klage beschrieben wird, worin der Eigenthümer das Vorhandensein einer servitus altius non tollendi ablengnet[m]), wird hier in dem Scheinverfahren der Eigenthümer mit den Worten aufgetreten sein:

Ius mihi est invito te altius tollere aedificia mea

und der Servitutberechtigte cedirte ihm dann das beanspruchte ius altius tollendi und also nicht das seither von ihm, dem Berechtigten, innegehabte ius altius non tollendi[n]). Stellen wir daneben die Formel, welche bei Errichtung von Servituten angewandt wurde, so erklärte z. B. bei Errichtung einer servitus ligni immittendi der künftige Servitutberechtigte:

Ius mihi est, invito te tignum immittere in aedificia tua,

und der Eigenthümer cedirte dann das Recht. Man sieht, wie sich beide Fälle äußerlich ganz gleich darstellen, wie in einem Falle der Eigenthümer, in dem andern der Servitutberechtigte ein Recht zur Vornahme einer positiven Handlung vindicirte, und man begreift daher, wie die Römer dahin gelangen konnten, ebenso wie im letztern Falle von einem ius ligni immittendi gesprochen wurde, im erstern Falle ein selbständiges ius altius tollendi anzunehmen, zumal die negatorische Klage, welche dieses Recht schützte, dieselbe äußere Aehnlichkeit mit der confessorischen in jenem Falle hatte. So ward das ius ligni immittendi bei der Synonimität von ius und servitus zur servitus ligni immittendi, und das führte denn dahin, die zum Schutz dieses Rechts gegebene Klage als confessorische im Gegensatz

---

Verfahren eingehalten worden, was in allen von den Servituten handelnden Titeln des Corpus Juris so oft zu bemerken ist. — sie haben nämlich statt in iure cessero oder dem einfachen cessero zur Verwischung der antiquirten Entstehungsform ein concessero gesetzt. Vgl. von Scheurl Zeitschr. für gesch Rechtsw. Bd. 12 S. 239.

m) Hoc igitur intendo, habere me ius altius tollendi invito eo, cum quo ago.

n) Vgl. die Ausführungen im § 5 S. 43—48. Wenn darnach durch eine Servitutbestellung der Eigenthümer etwas anders verlieren kann, als der Servitutberechtigte erwirbt, so muß er auch durch den Untergang der Servitut etwas anders erwerben können, wie dieser verliert.

zur negatorischen aufzufassen[o]), obgleich sie doch auch von andern wieder als die letztere bezeichnet wird[p]).

Diese Auffassung einer derartigen Recession als Cession einer neuen Servitut scheint häufig noch dadurch begünstigt zu sein, daß durch dieselbe nicht immer der ganze Inhalt der alten Servitut aufgelößt wurde, sondern daß dem Eigenthümer nur bis zu einem gewissen Grade die Ausübung der ihm seither entzogenenen Befugniß gestattet werden konnte. Africanus spricht in l. 26 pr. de exc. rei iudic. 44, 2[q]) von einem Falle, wo der Eigenthümer die Klage erhob, er habe das Recht zehn Fuß höher zu bauen, und damit abgewiesen war. Wenn er nun später klagte, er habe das Recht 20 Fuß oder 10 andere Fuß höher zu bauen, so soll er auch abgewiesen werden. Die Zulässigkeit der Klage im Allgemeinen wird durchaus nicht beanstandet, sondern im Gegentheil vorausgesetzt, und so muß auch durch scheinbare Anstellung derselben bei der in iure cessio die servitus altius non tollendi theilweise aufgehoben sein. Viele haben nun grade hier den eigentlichen Zweck der servitus altius tollendi und ihrer Genossen gesucht, indem sie sagten, eine Servitut könne ihrer Untheilbarkeit wegen nicht theilweise aufgehoben werden, und deßhalb habe das römische Recht Entstehung einer neuen Servitut angenommen, welche die alte noch fortbestehende theilweise paralysire[r]). Doch geht man meiner Ansicht nach hier von einer falschen Voraussetzung aus. Denn der Grund der Untheilbarkeit der

---

o) *Gaius* IV. 3; § 2 J. de act. 4, 6.

p) L. 4 § 7 si serv. vind. 8, 5.

q) Egi tecum, ius mihi esse aedes meas usque ad decem pedes altius tollere, post ago, ius mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere; exceptio rei iudicatae proculdubio obstabit. Sed et si rursus ita agam, ius mihi esse altius ad alios decem pedes tollere, obstabit exceptio, quum aliter superior pars iure haberi non possit, quam si inferior quoque iure habeatur.

r) Hiergegen ist der Satz: servitus servitutis esse nequit geltend gemacht; allein dieser Einwand wird nicht stichhaltig sein, wenn man mit uns den Grund dieses Satzes in dem andern Satz findet, daß Realservituten unveräußerlich seien [§ 26 S. 221]; denn an den Eigenthümer der belasteten Sache kann die Servitut stets veräußert werden, und daher dürfte zu seinen Gunsten auch eine Servitut daran bestellt werden können.

Servituten, wenn man sie in dem Sinne nimmt, daß selbst der Berechtigte nicht über einen Theil allein verfügen kann, ist nur darin zu suchen, daß die ausschließliche Benutzung eines Theils aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, unmöglich ist; wo diese Unmöglichkeit aufhört, fällt auch jene Untheilbarkeit weg, und wie der Servitutberechtigte für einen körperlichen Theil des dienenden Grundstücks jeder Zeit verzichten kann[s]), so kann er auch, wenn die Servitut mehrere Befugnisse verleiht, auf eine derselben ausschließlich verzichten, falls nur die übrigen noch ohne diese ausgeübt werden können. Das Recht, jeden Höherbau zu untersagen, läßt sich nun aber zu diesem Zweck gleichsam in mehrere Befugnisse auflösen, nämlich in die, zunächst den Höherbau für die ersten so und so viel Fuß oberhalb des jetzt vorhandenen Niveaus zu untersagen, und dann in die, ihn für die folgenden so und so viel Fuß zu untersagen, und so fort. Und da nun die letztern noch einen Werth behalten, auch wenn die erste untergegangen ist, so wird diese auch ausschließlich durch die Recession vernichtet werden können[t]). Deßhalb möchte meines Erachtens das römische Recht zu einer solchen theilweisen Aufhebung der Realservituten dieser eigenthümlichen auf das Gegentheil der bestehenden Servituten gerichteten Bildungen durchaus nicht mit Nothwendigkeit bedurft haben, und dafür, daß sie hierauf nicht allein beschränkt waren, sondern auch benutzt wurden, um eine Servitut gänzlich aufzuheben, spricht auch der Umstand, daß nirgends, wo von der servitus altius tollendi in den Quellen die Rede ist, irgend welche Beschränkung derselben auf eine bestimmte Höhe angegeben, sondern sie immer neben der servitus altius non tollendi so allgemein, wie diese, genannt wird.

Demnach wird nur allein in der bei der Recession üblichen Form der Grund der Ausbildung derartiger Servituten zu suchen sein. Sie sind aber auch mit der Eintheilung der Servituten in Urban- und Rusticalservituten in Verbindung gebracht worden, indem nur die Aufhebung der ersteren vermittelst derselben möglich sein soll, und diese Erscheinung wird dann mitbenutzt, um den Beweis für die

---

s) L. 6 de serv. 8, 1.

t) Wir werden auf die Frage von der theilweisen Erlöschung einer Servitut in einem spätern Theile zurückkommen müssen.

Behauptung zu erbringen, daß durch die Bestellung einer Urbanservitut ein intellektueller Theil des Eigenthums wirklich dem Rechte nach von demselben abgelößt und auf den Servitutberechtigten übergegangen sei, der daher nur auf dem Wege der Servitutbestellung an den Eigenthümer zurückfallen könne[n]). Wir haben schon im § 5 S. 48—50 eine solche Auffassung für alle, und demnach auch für die städtischen Servituten aus innern Gründen verwerfen müssen; außerdem müssen wir aber auch den Vordersatz für unerwiesen halten und können es nicht als eine Eigenthümlichkeit der Urbanservituten ansehen, daß sie durch Errichtung solcher Servituten aufgehoben wurden, vielmehr möchte darin eine Eigenheit der negativen Servituten und auch nur dieser zu suchen sein.

Denn so leicht die bei der Recession solcher Servituten gebrauchte Formel Veranlassung werden konnte, um das Recht des Eigenthümers als eigene Servitut aufzufassen, so wenig war dies bei den positiven Servituten möglich. Nehmen wir, um zugleich auf die obige Stelle des Theophilus näher einzugehen, als Beispiel die servitus stillicidii recipiendi, also das Recht, den Tropfenfall von seinem Dache auf das benachbarte Grundstück träufeln zu lassen, so war dem Eigenthümer der belasteten Sache nicht das ius stillicidii selbst entzogen, sondern nur das Recht, jenes stillicidium zu untersagen. Die in iure cessio konnte daher auch nicht darin bestehen, daß er sich ein ius stillicidii vindicirte, sondern nur darin, daß er das Recht in Anspruch nahm, jenes stillicidium hindern zu dürfen; dies that er aber, da die in iure cessio einer Servitut an den Eigenthümer nach den oben besprochenen Stellen dadurch geschah, daß dieser scheinbar die negatorische Klage anstellte, wahrscheinlich mit den Worten: tibi ius non est, stillicidium invito me in aedes meas vel in aream vel in cloacam immittere, und der Cedent erklärte dann: mihi ius non est u. s. w. Dieses Verfahren, wie es sich aus der Natur der Servituten und der in iure cessio ergiebt, konnte nun unmöglich Veranlassung werden, um dem Eigenthümer irgend welche Servitut zuzusprechen, da in der Recession ja nur ein Recht dem Servitutberechtigten abgesprochen, nicht dem Eigenthümer ausdrücklich eins ertheilt wurde, und demnach muß auch die in § 1 J. de serv. II,

n) Von Vangerow, Leitfaden I. § 342 Anm. 3 S. 831 ff.

3 erwähnte servitus, ut stillicidium non recipiat, troß der Erklärung des **Theophilus** einen andern Sinn haben. Dafür spricht aber auch der Wortlaut der Stelle. Denn während die unmittelbar vorhergehende servitus, ut stillicidium in aedes suas, vel in aream vel in cloacam recipiat so zu verstehen ist, daß der Nachbar den Tropfenfall aufnehmen muß, soll der unmittelbar auf jene Worte folgende Satz: vel non recipiat, nach der Erklärung des Theophilus bedeuten, daß der Servitutberechtigte nicht aufzunehmen braucht, so daß in den ganz gleich construirten Sätzen beim ersten recipiat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, beim zweiten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das Subject bildet.

Wenn wir daher hier der Ansicht des **Theophilus** unbedingt folgen wollten, so könnten wir es nur auf Kosten der Wahrscheinlichkeit und nur, indem wir den Verfassern der Institutionen oder gar dem Juristen, dessen Werk hier zu Grunde lag, eine durchaus ungenaue und unjuristische Fassung vorwerfen, während eine andere Erklärung dieser Stelle einen in jeder Beziehung untadelhaften Sinn giebt, und zur Annahme derselben sind wir um so mehr berechtigt, als das ganze Institut, von dem hier die Rede ist, auf der zu Justinians Zeit gewiß außer Uebung gekommenen Cession der Servituten an den Eigenthümer beruht, und **Theophilus** daher, da ihm die Anschauung der Praxis fehlte, nur auf ältere Berichte angewiesen war, wo eine Verwechselung der Fälle, in denen Servituten zur Aufhebung anderer Servituten benutzt wurden, mit einem solchen, wo dies nicht üblich war, um so leichter geschehen konnte.

Zu der richtigen Erklärung der servitus ut non recipiat gelangen wir aber schon durch einfache Uebersetzung der Institutionenstelle; dort wird nebeneinander genannt das Recht, vermöge dessen der Nachbar meinen Tropfenfall aufnimmt [d. h. aufnehmen muß], und das, vermöge dessen er seinen Tropfenfall nicht in sein Haus, seine Baustelle oder Kloake aufnimmt [d. h. nicht aufnehmen darf], oder mit andern Worten, vermöge dessen er sein Regenwasser nicht ableiten darf, sondern mir, dem Servitutberechtigten, zukommen lassen muß. In einer andern Stelle, die einen ähnlichen Gegensatz hat[v]),

v) L. 2 de S. P. U. 8. 2 *Gaius.* — Urbanorum praediorum iura talia sunt . . . . stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi.

wird die letztere Servitut bezeichnet als ius stillicidium non avertendi, also ganz analog der servitus altius non tollendi, in Folge dieser darf der Nachbar nicht auf seinem Grundstück bauen, in Folge jener darf er das Regenwasser nicht von seinem Dache ableiten. Als eine in dieser Weise auf den Bezug von Regenwasser gerichtete Servitut haben wir von der servitus stillicidium oder flumen non avertendi schon im § 17 S. 156 und 166 gesprochen und uns dort schon die Geschichte ihrer Entstehung klar zu machen gesucht. Durch die l. 28 de S. P. U. 8, 2, bei deren Interpretation wir von ihr sprachen, wird auch unsere Auffassung derselben wesentlich unterstützt, indem der Satz „id neque flumen esse" nur durch die Beziehung auf die servitus fluminis non avertendi in unserm Sinne eine genügende Erklärung findet. — Da diese nun aber nach dem Obigen eine selbständige negative Servitut war, so ist es möglich, daß auch ihre Aufhebung, bei welcher der Eigenthümer des seither dienenden Grundstücks vindicirte: ius mihi est invito te avertendi, als Bestellung eines ius avertendi aufgefaßt wurde, welches also, wie das ius altius tollendi, nur die Befugniß gab, auf eigenem Grundstück die fragliche Handlung vorzunehmen. Doch ist auch möglich, daß hier eine solche Bezeichnung nicht üblich war, und daß das von Gaius in der l. 2 erwähnte ius avertendi dasselbe Recht ist, welches die Institutionen bezeichnen als die servitus, ut vicinus stillicidium recipiat, so daß also der Berechtigte auf das fremde Grundstück die Ableitung vornehmen mußte. Welche der beiden Bedeutungen dieser Servitut zukommt, kann nur der im Verkehr damals übliche Sprachgebrauch entscheiden, und über diesen ist uns nichts weiter erhalten.

Auf jeden Fall glauben wir annehmen zu können, daß die Erwähnung der eben behandelten Servituten unsere Behauptung, daß nur negative Servituten durch Bestellung entgegengesetzter Servituten aufgehoben werden können, nicht zu widerlegen vermag, und so gelangen wir dahin, daß ein durchgreifender Unterschied zwischen Rustical- und Urbanservituten auch in dieser Beziehung nicht stattfindet, oder richtiger, da seit dem Aufhören der in iure cessio von einer solchen Servituterrichtung lediglich zum Zwecke der Aufhebung anderer Servituten nicht mehr die Rede sein kann, nicht stattgefunden hat.

§ 40.

Welche Servituten gehen schon durch bloßen Nichtgebrauch unter, welche erst, wenn die Freiheit usucapirt ist?

Um das Materjal voranzuschicken, welches uns unsere Quellen zur Beantwortung der obigen Frage bieten, so ist von jeher das Hauptgewicht auf die l. 6 de S. P. U. 8, 2[a]) gelegt worden, in der Gaius zwei Kategoricen von Servituten aufstellt: die Angehörigen der einen, die er als servitus praediorum rusticorum bezeichnet, sollen durch bloßen Nichtgebrauch untergehen, die andern aber erst, wenn der Eigenthümer der dienenden Sache dieselbe in einen Zustand gesetzt hat, wo sie nicht mehr ausgeübt werden können, und er dann die so in Besitz genommene Freiheit usucapirt hat. Welche Rechte diese letztere Kategorie bilden sollen, ist in der Stelle nicht ausdrücklich gesagt, da sie sich auf einen vorhergehenden Satz bezieht, den die Compilatoren weggeschnitten haben; daß es aber die servitutes praediorum urbanorum waren, erhellt aus der Stellung, die man diesem Gesetze in dem 2ten Titel des 8ten Buchs gegeben hat, und wahrscheinlich ist es sogar, daß die Worte „Haec autem iura" früher in unmittelbarem Zusammenhange mit der l. 2 desselben Titels[b]) standen, die gleiche Ueberschrift trägt, und von

---

a) *Gaius* libro VII. ad Edictum provinciale. — *Haec autem iura* similiter, ut *rusticorum quoque praediorum*, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublata habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.

b) Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi; item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, aut non avertendi; item immittendi tigna in parietem vicini, et denique proiiciendi protegendive, ceteraque istis similia.

der die Compilatoren sie durch drei Einschiebsel trennten, welche die l. 2 erklären sollen. Demgemäß braucht Gaius dann auch in der l. 6 zur Erläuterung seiner Regel von der Nothwendigkeit der usucapio libertatis als Beispiele die servitus altius non tollendi, luminibus non officiendi und lignum immittendi. Wenn dieser Stelle gegenüber gleichwohl daran gezweifelt wird, ob alle ländliche Servituten durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen, so stützt man sich besonders auf die auch schon von uns [im § 1 S. 12] erwähnte Beobachtung, daß Gaius überall nur die vier alten Servituten, iter, actus, via und aquaeductus als Rusticalservituten nennt, so daß es deßhalb auch möglich ist, daß er auch hier nur diese im Sinne hat und also für die übrigen ländlichen Servituten keine Entscheidung giebt.

Eben so wenig wird diese gegeben in l. 6 de fund. dot. 23, 5 c), da aus dem Nichterwähnen der ländlichen Servituten nichts gefolgert werden kann. Man hat freilich in der unmittelbar vorhergehenden auch von Ulpian, aber aus einem andern Buch stammenden l. 5 d) eine Beziehung auf den Untergang der letztern (hier als servitutes fundi bezeichnet) durch bloßen Nichtgebrauch finden wollen. Allein nichts berechtigt uns, den allgemeinen Ausdruck amittere auf den speciellen Fall des Verlustes durch Nichtgebrauch zu beziehen, vielmehr weißt eher der Gegensatz von imponere auf einen Verzicht vermittelst eines Rechtgeschäfts hin.

Von den übrigen Stellen, die auf diese Lehre Bezug haben, bestätigen manche mehr oder weniger ausdrücklich für einzelne der oben genannten städtischen Servituten, daß Freiheitsersitzung nöthig sei, so hinsichtlich der servitus altius non tollendi die l. 7, l. 32 § 1 de S. P. U. 8, 2; l. 17 comm. praed. 8, 4; l. 6 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 4 § 29 de usurp. 41, 3 — hinsichtlich der servitus

c) *Ulpianus* libro V. de adulteriis. — Sed nec libertas servitutis urbano praedio dotali debitae competit, ne per hoc deterior conditio praedii fiat.

d) *Ulpianus* libro II. de omnibus tribunalibus. — Julianus libro XVI. Digestorum scripsit: neque servitutes fundo debitas posse maritum *amittere*, neque ei alias imponere. Der Florentiner Coder hat statt amittere — mittere, die Basiliken weisen auf remittere, vgl. Zachariä von Lingenthal S. 81.

ligni immittendi l. 18 § 2 quemadm. serv. amitt. 8, 6[e]). Dagegen wird auch auf der andern Seite durch eine sehr große Reihe von Stellen der Satz bestätigt, daß die Wege- und Wasserleitungsservituten schon untergehen, falls sie vom Berechtigten nicht ausgeübt werden[f]). Ferner haben wir eine Stelle von Paulus, die dieselbe Regel giebt, nämlich Rec. Sent. I. 17:

§ 1. Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur; nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur[g]).

---

e) Wenn Ulpian in l. 8 § 4 si serv. vind. 8, 5 davon spricht, daß der Berechtigte durch Nichtgebrauch diese Servitut verloren habe, so folgt daraus nicht, daß dieser Jurist eine abweichende Ansicht hat, sondern er hat vorliegend nur Interesse, als Grund des Untergangs den Umstand zu nennen, den der Verlierende veranlaßte. Daß dieser allein noch nicht wirkt, sondern noch eine Thätigkeit auf Seiten des Berechtigten hinzukommen muß, war eine Sache, die Ulpian als selbstverständlich ansehen mochte.

f) Vom Untergang von Servituten durch Nichtgebrauch spricht allgemein l. 15 de pignor. act. 13, 7 —

vom Untergang der Wegeservituten l. 18 de S. P. R. 8, 3; l. 9 § 1 si serv. vind. 8, 5; l. 2, 5, 6, 7, 8 § 1, l. 11 pr. l. 12, 13, 14 pr. l. 20—25 quemadm. serv. amitt. 8, 6, l. 14 C. de serv. 3, 34 —

vom Untergang der Wasserleitungsservitut l. 34 und 35 de S. P. R.; l. 9 § 1 si serv. vind.; l. 9, 10, 12, 16, 18, 19 quemadm. serv. amitt.; l. 17 pr. de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3; l. 1 § 23, l. 5 § 1 de aq. quot. 43, 20; l. 10 C. de serv. 3, 34.

g) Die Stelle ist offenbar corrumpirt, worauf namentlich die unbestimmte Fassung von „amisisse videtur" deutet, während gleich darauf als allgemein anerkannt gesagt wird, „quae non utendo amittuntur". Außerdem soll die Mehrzahl der bessern Handschriften auch „biennio actio omissa" oder „biennio actio missa" haben, was man nicht anders zu emendiren wußte als durch Weglassung von actio. Zachariä von Lingenthal [S. 86—88] nimmt an, daß die letztere Lesart aus falscher Auflösung der Sigeln „biennio veluti remissa" entstanden sei, und versteht die Stelle dann so, daß Paulus hier einen Grund für den Untergang durch Nichtgebrauch zu finden sucht, und deßhalb sagt, wer zwei Jahre die Servitut nicht brauche, scheine gleichsam darauf zu verzichten; denn aus dem Gesichtspunkt der Usucapion lasse sich dies nicht erklären. Im § 2 will er dann statt „biennio omissa" auch lesen „biennio veluti remissa".

§ 2. Servitus hauriendae aquae, vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur.

Hier wird uns also noch eine weitere Servitut genannt, die durch bloßen Nichtgebrauch untergehen soll, nämlich die servitus aquaehaustus, für welche wir denselben Satz indirect auch in l. 17 quemadm. serv. amitt. 8, 6 bestätigt finden.

Dies ist das Material, aus dem wir für die andern, nicht ausdrücklich entschiedenen Fälle die Frage beantworten müssen, ob sie schon durch Nichtgebrauch untergehen, oder erst, wenn usucapio libertatis hinzutritt. Wir können das natürlich nur, wenn wir uns den Weg reconstruirt haben, auf welchem das Recht zu diesem Unterschied gelangte. Dabei dürfen wir jedoch nicht die Analogie außer Acht lassen, welche der Usufruct bietet, indem für ihn auf das Bestimmteste und Klarste gesagt wird, daß er auch schon durch bloßen Nichtgebrauch erlöscht[h]).

Fragen wir zunächst nach der Rechtsquelle, durch welche dieses ganze Institut der Verjährung eingeführt ist, so können wir wohl aus allgemeinen Gründen zu dem Schluß gelangen, daß dasselbe nicht lediglich auf Gewohnheitsrecht, sondern der immer willkührlichen Bestimmungen über die Dauer der Verjährungszeit u. s. w. wegen auf einen Ausspruch der Gesetzgebung zurückgeführt werden muß, — auf welchen aber, darüber sind uns keine Nachrichten erhalten. Aus der l. 4 § 29 de usurp. 41, 3[i]) können wir höchstens folgern, daß die usucapio libertatis älter ist, als die lex Scribonia; da uns aber von dieser auch nichts weiter bekannt ist, so haben wir dadurch nur wenig erreicht. Dadurch, daß sich kein Jurist für diese Sätze auf ein bestimmtes Gesetz beruft, wird es wahrscheinlich, daß der Ursprung derselben in sehr weite Zeiten zurückreicht, und darum liegt weiter die Vermuthung nahe, daß das Gesetz, welches die Grundlage so

---

h) *Paulus* Rec. Sent. III, 6 § 30. Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno; l. 20, 22, 23, 25, 28, 29 quib. mod. ususfr. 7, 4, l. 16 pr. § 1 C. de usufr. 3, 33.

i) Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.

vieler Institute des römischen Privatrechts und namentlich auch der Verjährung auf dem Gebiete des Eigenthums bildet, die 12 Tafeln, die Rechtsquelle ist, aus der auch dieses Institut hervorging. Daß sie ausdrücklich von der Verjährung der Servituten gesprochen haben, erscheint kaum glaublich, da wir nirgends eine sichere Spur haben, daß sie so eingehend von Servituten handelten [vgl. §. 1 S. 9]. Dagegen ist vielfach behauptet, daß die Jurisprudenz aus ihnen durch analoge Anwendung des Satzes „usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto", zu jenen Regeln über den Untergang der Servituten gelangte.

Dafür spricht vor Allem die Zeit, die sowohl in den Fällen der usucapio libertatis, als auch da, wo der Untergang schon durch Nichtgebrauch geschieht, bis zu der neuen Normirung der Fristen durch Justinian[k]) ganz jener Bestimmung der zwölf Tafeln entsprach, indem nach einem Jahre der Ususfruct an beweglichen Sachen, der an Grundstücken dagegen, und ebenso die Realservituten nach zwei Jahren untergingen[l]). Im Uebrigen sind die beiden Erlöschungsarten der Servituten unter sich so verschieden, daß wir sie in der weitern Darstellung trennen müssen, und werde ich zunächst die usucapio libertatis rücksichtlich der gestellten Frage ins Auge fassen.

Ein Unterschied zwischen ihr und der usucapio dominii zeigt sich schon im Namen. Denn während bei der letztern dieselbe Sache, welche der Verlierende zu besitzen aufgehört hat, vom Usucapirenden die bestimmte Zeit hindurch besessen sein muß, wird dagegen in den Fällen der usucapio libertatis ein ganz anderes Recht von dem Usucapirenden ausgeübt, als das ist, welches der Servitutberechtigte verliert. Allein dieser Unterschied war unbedingt geboten, wollte man das Institut der Usucapion für die Servituten anwendbar machen, indem der Eigenthümer der belasteten Sache, welcher der einzigste war, dem der Berechtigte die Servitut durch Rechtsgeschäft überlassen konnte, und der daher auch allein hinsichtlich der Usucapion in Frage kam, doch nicht nach unsern frühern Ausführungen [§ 5 S. 41 ff. und § 14 S. 125 ff.] die Servitut selbst als solche inne

k) L. 16 C. de usufr. 3, 33; l. 13 C. de serv. 3, 34.

l) Paul. Rec. Sent. III. 6, § 30.

zu haben vermochte, und demnach daran auch keinen Usucapionsquasibesitz, der den animus ius sibi habendi nothwendig voraussetzt, üben konnte. Die Servitutbefugniß gestaltete sich, so wie sie auf ihn überging, zur Eigenthumsbefugniß, und er konnte sie nicht als eine eigene von seinem Grundstück getrennte Sache besitzen. Nun scheint freilich die Redeweise libertatem usucapere darauf hinzudeuten, als ob die Römer sich die libertas der sonstigen Auffassung der Servituten zuwider, als Object eines selbständigen Besitzes gedacht hätten; allein, daß dieser Ausdruck doch nur ein mehr figürlicher war, und daß sie als eigentlichen Gegenstand des Besitzes immer das Grundstück selbst auffaßten, wird uns nicht nur in einigen Stellen ausdrücklich gesagt[m]), sondern zeigt sich auch namentlich in den Regeln über die Länge der Verjährungszeit. Ging die usucapio libertatis aus jener Stelle der 12 Tafeln [usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto] hervor, wie wir hier vorläufig annehmen wollen, so mußte, wenn man die libertas als selbständige Sache auffassen wollte, der Besitz von einem Jahr zu ihrer Usucapion genügen, da sie dann zu den ceterae res gehört; statt dessen wurde sie erst nach zwei Jahren usucapirt und war also mit dem fundus identisch[n]). Aber der Besitz des fundus bedarf zum Zwecke der usucapio libertatis einer bestimmten Qualification; wie diese beschaffen sein muß, ist unter unsern Juristen bestritten, indem uns in den Quellen nur für zwei Arten der städtischen Servituten eine nähere Angabe über die Erfordernisse der Usucapion gemacht werden.

Zum Untergang der negativen Servituten altius non tollendi und luminibus non officiendi wird verlangt, daß der Usucapient der lex servitutis zuwider eine Mauer aufgeführt habe, und dieselbe

---

m) So Julian in l. 32 § 1 de S. P. U. 8, 2: Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur; quare, si is, qui altius aedificatum habebat ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet; natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint; sed intelligitur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

n) Rudorff, Richters und Schneiders Jahrb., Bd. 15 S. 327.

die Usucapionszeit hindurch geblieben sei[o]). Demnach mußte hier der Zweck der Servitut in dauernder und unveränderlicher Weise[p]) durch eine Vorrichtung vereitelt sein, die sich schon in der äußern Erscheinung des Grundstücks kund gab, und ähnlich wird auch in dem andern Falle entschieden, daß die Freiheit von der servitus ligni immittendi nur erworben werde, wenn der Usucapient das Loch verstopfe und verstopft erhalte, welches für den Balken bestimmt ist[q]). In der l. 18 § 2 quemadm. serv. amitt. 8, 6 wird noch gesagt, daß, so lange das Haus, an welchem diese Servitut haften solle, nicht gebaut sei, der Eigenthümer die Freiheit nicht usucapiren könne „quia ius tuum non interpellavit". Zachariä von Lingenthal[r]) folgert aus diesen Stellen, daß es überall nur nöthig sei, daß die Ausübung der Servitut durch eine „entscheidende" Handlung des Eigenthümers verhindert werde, und zwar einerlei, ob diese Handlung dauernde körperliche Spuren an der Sache hinterlassen habe, oder nicht. Allein dann wäre nicht abzusehen, warum Gaius in l. 6 de S. P. U. 8, 2

---

o) L. 6 und 7 de S. P. U. 8, 2.

p) Darum genügt es nicht, daß ein Baum gepflanzt ist, der die Aussicht verdunkelt, und dessen Wegnahme deßhalb vom Servitutberechtigten gefordert werden könnte, sondern es muß ein Bauwerk aufgeführt sein; „et recte" sagt Pomponius darüber in l 7 de S. P. U. „quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries propter motum naturalem arboris". Es ist freilich schon seit Cujac üblich, den Grund der Entscheidung darin zu suchen, daß nicht durch eine That des Usucapienten, sondern durch ein zufälliges Ereigniß der servitutwidrige Effect herbeigeführt werde, und man will dann den motus naturalis als den natürlichen Trieb des Baumes, höher zu wachsen, erklären. Allein im Anfang sagt der Jurist, daß, was man durch eine Mauer erreiche, das erreiche man nicht durch einen dort befindlichen Baum [si arborem eodem loco sitam *habuissem*] und so findet er den Grund der Verschiedenheit der beiden entgegengesetzten Fälle nur in der Natur des Baumes und der Mauer; beide stehen da in Folge des Willens des Eigenthümers. Ferner wäre der Ausdruck „motus" doch sehr gesucht und uneigentlich für „in die Höhe wachsen" gebraucht, und die Beziehung, daß er in Folge der Bewegung durch den Wind, oder in Folge des Blätterabfalls hin und wieder Licht und Luft hindurchläßt, und so nicht stets in gleicher Weise den Zweck der Servitut vereitelt, liegt viel näher.

q) L. 6 de S. P. U. 8, 2.

r) A. a. O. S. 59 und 60.

verlangt, daß das Loch, in welchem der Balken gelegen hat, die ganze Usucapionszeit hindurch verstopft erhalten werde Eine entscheidende Handlung des Eigenthümers war schon geschehen, wenn er etwa selbst den Balken aus der Oeffnung herauswarf, und auf jeden Fall, wenn er sie einmal verstopfte, weßhalb nach Zachariä's Meinung von da an die Usucapion zu laufen beginnen muß, unbekümmert darum, ob das Loch wieder später zufällig geöffnet wird, oder nicht; damit, daß das Gegentheil verlangt wird, ist seine Ansicht unvereinbar, und so müssen wir, wie namentlich Puchta*) ausgeführt hat, annehmen, daß die libertas rei „eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität ist, die in der Sache gleichsam verkörpert ist, und so ein Gegenstand des Besitzes in dem Besitz der Sache wird". Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß das römische Recht nach dieser Seite hin in einer ganz besonders strengen Weise verfährt, und während sonst immer der Grundsatz gilt, daß der Besitz unbeweglicher Sachen so lange fortdauert, bis die Einwirkung auf dieselben erwiesenermaßen unmöglich geworden ist, und deßhalb, wenn der Anfang gehörig geschehen ist, für die Fortdauer vermuthet wird, genügt es für den Besitz der libertas nicht, daß der Usucapient im Anfang eine Handlung vornimmt, welche seine ausschließliche Herrschaft bekundet, sondern hier wird ganz abweichend ein Beweis für die in jedem Moment vorhandene Herrschaft verlangt, und der kann eben nur dadurch erbracht werden, daß man einen dauernden Zustand der Sache nachweißt, welcher die Herrschaft des Eigenthümers über die fragliche Eigenschaft gegen jeden äußern Eingriff sichert. Den Grund dieser Erscheinung können wir nur darin finden, daß sich die ganze Lehre von der usucapio libertatis zu einer Zeit bildete, wo die Anwendung der Grundsätze vom Besitz auf res incorporales dem Rechte nach ganz fremd war. Während daher eine spätere Zeit vielleicht angenommen hätte, daß mit dem Moment, wo der Eigenthümer das ihm durch die Servitut entzogene ius tignum immittere prohibendi einmal geübt hätte, er die entzogene Eigenschaft wieder factisch mit der Sache verbunden habe, und daher von da an die Usucapion laufen müsse, ging die ältere Zeit, welche dieses Institut schuf, von dem Grundsatz aus, daß nur, was sich körperlich darstelle,

*) Institutionen Bd. II. § 257 S. 324.

dem Besitz unterworfen sei, und forderte deßhalb, daß sich die Verbindung der Sache und der seither veräußerten Eigenschaft, wie sie die Bedingung der usucapio libertatis sei, in der körperlichen Gestaltung der Sache manifestire, und das that sie nur, wenn der Zustand der Sache unwiderleglich bewies, daß die Ausübung der Servitut unmöglich sei.

Fragen wir nun aber, wie sich diese Forderung bei den einzelnen städtischen Servituten gestaltet, so ergiebt sich das von selbst bei der servitus protegendi, proiiciendi, machinam alligandi, stillicidium immittendi und ähnlichen; hier muß überall eine solche dauernde Vorrichtung an dem dienenden Grundstück gemacht sein, daß die Servitut nicht mehr geübt werden kann, während dagegen bei den negativen Servituten die Handlung, welche nicht vorgenommen werden soll, in einer dauernden ununterbrochenenen Weise den verbotenen Effect herbeigeführt haben muß. Zachariä hat diese Regeln dadurch zu widerlegen gesucht, daß darnach bei der ausdrücklich als Urbanservitut bezeichneten servitus altius tollendi die usucapio libertatis unmöglich gewesen sei, da eine dauernde Vorrichtung auf dem dienenden Grundstück, welche das Recht, auf dem andern Grundstück höher zu bauen, ausschließen sollte, doch nicht vorkommen könne. Allein es ist schon mit Recht von Rudorff[t]) dagegen bemerkt, daß für die servitus altius tollendi und den ihr ähnlichen Bildungen [vgl. den vorigen Paragraphen] die Usucapion der Freiheit schon durch die lex Scribonia ausgeschlossen war[u]), indem diese Freiheit ja wieder selbst eine Servitut gewesen wäre, die doch nicht durch Usucapion entstehen sollte. Wenn uns daher auch das römische Recht keine städtische Servituten überliefert, wo die usucapio servitutis in dieser strengen Form ganz unanwendbar ist, so kann man doch nicht leugnen, daß bei der gänzlichen Freiheit der Servitutenbildung sich leicht städtische Servituten construiren lassen, wovon die Freiheit in der verlangten Weise gar nicht besessen werden kann. So läßt sich z. B. eine Servitut denken, vermöge deren zu Gunsten eines praedium urbanum auf einem andern praedium urbanum keine besonders lärmende Handlungen wie z. B. Schießübungen vorgenommen werden

t) A. a. O. S. 327.

u) L. 4 § 29 de usurp. 41, 3.

dürfen [das Haus mochte vor dieser Servitutbestellung etwa ein Schießhaus gewesen sein]. Dieses Verhältniß kann unter Umständen alle Erforderniſſe einer Servitut haben, und namentlich auch dem herrschenden Grundstück in so fern von Nutzen sein, als es seine Benutzung in einer bestimmten Richtung ermöglicht; ferner kann es, wie man immer auch den Begriff der servitutes praediorum urbanorum bestimmen mag, so geformt sein, daß es nothwendig unter diesen Begriff fällt. Gleichwohl aber wird es nicht möglich sein, mag der Eigenthümer auch noch so viel auf seinem Grundstück schießen u. s. w., die Freiheit desselben durch Usucapion wieder zu erwerben, da er dadurch doch durchaus nicht in äußerer, sichtbarer Weise den Effect der Servitut dauernd verhindert, sondern immer Momente eintreten werden, wo er nicht schießt. Daß daher nach unserer Auffassung die usucapio libertatis nicht für alle städtische Servituten anwendbar ist, müssen wir zugestehen, glauben aber damit zu keiner unbilligen oder unpraktischen Consequenz zu kommen, wie jenes selbe Beispiel zeigen mag. Wenn wir mit Zachariä eine entscheidende Handlung gegen die Servitut als geeignet zur Herbeiführung der usucapio libertatis anerkennen wollten, müßten wir auch annehmen, daß, wenn ein einzigstes Mal auf dem dienenden Grundstück geschossen wäre, und dann, ohne daß der Servitutberechtigte deßhalb seine confessorische Klage angestellt hätte, die Usucapionszeit verstrichen wäre, die Servitut zu Grunde gegangen sei. Oder wie oft sollte die verbotene Handlung vorgenommen sein, und was berechtigte uns für dieses Institut des alten, strengen Rechts eine arbiträre Anzahl solcher Handlungen zu fordern?

Wir haben in dem Seitherigen gesehen, wie die Eigenthümlichkeiten, welche die usucapio libertatis gegenüber der usucapio dominii behauptet, sich aus der besondern Natur der Servituten erklären lassen, und es deßhalb durchaus möglich ist, daß der erste Ursprung jener in der erwähnten Stelle der 12 Tafeln zu suchen ist. Dagegen scheint aber zu sprechen, daß bei ihr ein wesentliches Requisit der Eigenthumsusucapion, das Vorhandensein eines iustus titulus usucapiendi, soweit wir aus den Quellen erkennen können, durchaus nicht verlangt wurde[v]). Die Berufung auf die usureceptio, welche

---

v) In l. 32 pr. de S. P. U. 8, 2 und in l. 17 comm. praed. 8, 4

ebenfalls keines Titels bedurfte, wird diesen Einwand nicht widerlegen, daß sie auch nicht auf jene Quelle zurückgeführt werden kann, wie die Länge der auch für den fundus nur auf ein Jahr bestimmten Verjährungszeit beweißt[w]). Wohl aber läßt sich der Grund für diese Eigenheit der usucapio libertatis darin finden, daß der Eigenthümer schon kraft seines Eigenthums zu jeder Handlung befugt ist, der er zur Usucapion bedarf, indem ja, soweit der Servitutberechtigte nicht ausübt [und das ist die nothwendige Voraussetzung der Usucapion] die Befugniß des Eigenthümers unbeschränkt ist, und er also auch gleichsam auf Grund des Usucapionstitels pro suo das Loch zumauern kann, welches jener nicht für seine Servitut braucht. Nur wenn er precario diese Handlung vornimmt, übt er sie nicht aus eigenem sondern aus fremdem Rechte aus, und darum fehlt ihm dieser Titel, und er kann nicht usucapiren[x]). Bona fides des Usucapienten war aber im ältern Rechte ohnehin nicht ein wesentliches Erforderniß der Usucapion — wir erinnern an die usucapio pro herede — und so können wir daraus, daß sie hier nicht verlangt wird, nicht den Schluß ziehen, daß die usucapio libertatis ein selbständig entstandenes und von der Eigenthumsusucapion durchaus abweichend construirtes Institut sei, vielmehr müssen wir als das Resultat dieser Untersuchungen hinstellen, daß es möglich und deßhalb auch wahrscheinlich ist, daß sie durch analoge Anwendung des Zwölftafelgesetzes entstanden ist.

Gehen wir nun aber zu der andern Erlöschungsart der Servituten in Folge von Zeitablauf, zu dem Untergang durch bloßen Nichtgebrauch, über, so begegnen wir hier mehrfachen Versuchen, diesen auf dieselbe Quelle zurückzuführen. Zunächst nimmt Puchta[y]) an, daß bei den Feld- und Personalservituten die usucapio libertatis in der oben auch von uns acceptirten Weise unmöglich gewesen sei,

wäre wohl Gelegenheit gewesen, dieses Requisit hervorzuheben, wenn es überhaupt verlangt wäre. Vgl. Unterholzner, Verjährung Bd. II. S. 288.

w) Gaius II. § 59—61.

x) L. 32 pr. de S. P. U. 8, 2.

y) Institutionen Bd. II. § 257 S. 321.

da sich die Freiheit nicht bei denselben in jener Art verkörpern könne, und deßhalb hätte das Recht, wollte es nicht unbilliger und unpraktischer Weise diese Servituten dem Untergang durch Zeitablauf ganz entziehen, sich darauf beschränken müssen, nur das eine Moment der Usucapion, den Nichtgebrauch auf Seiten des Verlierenden zu fordern. Allein schon von vorne herein ist es im höchsten Grade auffallend, daß aus dem Institut der Usucapion, wo doch das Wesentliche und Charakteristische gerade der Besitz des Usucapienten ist, eine solche Extinctivverjährung werden konnte, bei der es lediglich auf die Unthätigkeit des Verlierenden ankommt. Allerdings hat auch diese auf der andern Seite einen Rechtserwerb zur Folge, aber er ist nicht die nächste und beabsichtigte Folge, wie sich das besonders erkennen läßt, wenn eine Servitut an einer res nullius [vgl. § 4 S. 29] durch Nichtgebrauch untergegangen ist[z]). Ferner erwähnten wir schon oben, daß auch nach römischer Auffassung die libertas nicht als eine besondere, selbständig besessene Sache aufgefaßt wird, sondern daß der Gegenstand der Usucapion immer der Acker selbst in seiner Eigenschaft als res libera ist; könnte sich nun diese libertas wirklich nicht, wie Puchta annimmt, schon in der äußern Erscheinung manifestiren, und hätte darum das Recht den Besitz der libertas in dieser Weise nicht fordern können, so wird dadurch noch in keiner Weise gerechtfertigt, daß nun mit einem Sprunge ganz und gar von dem Besitz des dienenden Grundstücks abstrahirt wurde, vielmehr mußte eine consequente Rechtsentwicklung dann wenigstens verlangen, daß auch Rusticalservituten nur untergingen, wenn der jetzige Eigenthümer des dienenden Grundstücks dasselbe zwei Jahre hindurch in Besitz gehabt habe[aa]). Solche Forderung wird aber nirgends in den Quellen

---

z) Daß dies möglich ist, wird namentlich durch analoge Anwendung der l. 14 quemadm. serv. 8, 6 bewiesen, wo Javolen sagt, daß, wenn ein Grundstück von einem Fluß occupirt würde, die Servitut wieder hergestellt sei, sobald durch Alluvion die Grundstücke wieder in die alte Lage kämen, vorausgesetzt, daß dies vor Ablauf der Verjährungszeit geschehe; nach dieser Zeit könne man aber auch noch erzwingen, daß die Servitut von Neuem auferlegt werde [renovare eam cogendus est]. Also war sie trotzdem, daß der Eigenthümer das Grundstück die Usucapionszeit hindurch nicht besessen hatte, doch erloschen, und es war nur ein Restitutionsgrund vorhanden.

aa) Arg. leg 32 § 1 de S. P. U. 8, 2.

gestellt. Was sodann aber die Behauptung anbetrifft, die usucapio libertatis sei unanwendbar für alle Rusticalservituten gewesen, so müssen wir den Satz in diesem allgemeinen Umfang bestreiten. Vielmehr kann grade bei Wege- und Wasserleitungsgerechtigkeiten das dienende Grundstück wohl auf eine äußerlich erkennbare Weise in eine Lage gesetzt werden, welche jede Ausübung der Servitut unmöglich macht, und so gut das Loch, wo der Balken eingefügt werden soll, verstopft werden kann, so gut kann um den Acker, an dem die Wegeservitut haftet, eine Mauer gebaut werden, die es unmöglich macht, gegen den Willen des Eigenthümers darüber zu gehen. So liegt in der Natur dieser Servitut und noch weniger in der der Wasserleitungsservitut ein unüberwindliches Hinderniß für die usucapio libertatis, und damit fällt die ganze Auseinandersetzung Puchtas zusammen.

Einen andern Weg schlägt Rudorff in der Recension der Schrift von Zachariä von Lingenthal[bb]) ein, indem er ebenfalls die Wiederherstellung der Freiheit durch Nichtgebrauch auf dem Wege der Interpretation der 12 Tafeln entstanden sein lassen will, aber doch einen anomalen Charakter derselben eingesteht, den er in ihren Wirkungen, nicht in ihren Voraussetzungen findet. Denn die Nichtausübung schließe bei den Wegegerechtigkeiten u. s. w. die Möglichkeit nicht aus, den Servitutenbesitz beliebig zu reproduciren, und demnach werde schon angenommen, daß die Freiheit wieder erworben werde, ohne daß der Usucapient entschieden von denselben Besitz genommen habe, und ebenso werde Verlust der Servitut ohne entschiedene Unterbrechung des Besitzes angenommen. Hierzu sei man durch die allerdings schiefe Anwendung der alten Regel „quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus" gelangt. Man habe nämlich angenommen, daß da der Besitz der servitus in einem uti bestände, die Ausübung der libertas auf einem non uti beruhe. Jener sei erworben mit dem Anfang des usus, diese mit dem Eintritt des non usus. Ja das ius selbst würde durch Fortsetzung des usus in zwei Jahren erworben werden, wenn nur in der Discontinuität kein Hinderniß läge [l. 14 pr. de serv. 8, 1]. Also, hätten die veteres gesagt, muß auch der Verlust des ius und der Erwerb der libertas durch

bb) A. a. O. S. 327 und 328.

Nichtgebrauch eintreten. Eine Discontinuität könne zwar bisweilen bei der libertatis possessio von Häuserservituten vorkommen [l. 7 de S. P. U. 8, 2], bei ländlichen trete sie dagegen wenigstens nicht unwillkührlich ein. Paulus habe die schiefe Anwendung dieser Regel gefühlt und suche deßhalb in der erwähnten Stelle [Rec. Sent. I, 17] die Theorie vom usus unter den Gesichtspunkt eines freiwilligen Verzichts zu bringen. — Allein so wenig auch dieser Ausführung eine scharfsinnige Begründung abgesprochen werden kann, und so richtig darin das Anomalische des Untergangs durch einfachen Nichtgebrauch dargestellt wird, so steht ihr doch die schon oben benutzte Thatsache entgegen, daß es eines Besitzes der dienenden Sache Seitens des Eigenthümers überall gar nicht bedarf, und daß deßhalb auch nicht der Grund dieses Instituts in der Annahme gesucht werden kann, als ob mit dem Moment, wo nicht ausgeübt werde, sofort der Usucapionsbesitz beginne. Auch da, wo dieser rein unmöglich war, wie wenn der Fluß das dienende Grundstück occupirt hatte, ging ja die Servitut durch Nichtgebrauch unter, und also mußte dieser Satz auf einer andern Ursache beruhen.

Ganz derselbe Grund steht einer dritten ebenfalls sehr scharfsinnigen Erklärung entgegen, die namentlich Unterholzner vertritt [cc]). Darnach sollen die Wege- und Wassergerechtigkeiten nicht fortwährend in einer stetigen und unveränderlichen Weise ausgeübt werden können, wie die städtischen Servituten, sondern nur vorübergehend und unterbrochen [dd]). Während darum hinsichtlich des Besitzes städtischer Servituten ebenso, wie hinsichtlich des Eigenthumsbesitzes, angenommen werde, daß er durch bloße Unterlassung nicht aufhöre, sondern fortdauere, bis ein factum contrarium, d. h. hier eben eine Usucapionshandlung Seitens des Eigenthümers vorgekommen sei, so verhalte sich das anders bei ländlichen Servituten, die den Eigenthumsbesitz nicht dauernd, sondern nur vorübergehend, so lange sie ausgeübt würden, auszuschließen vermöchten, so daß dieser auch immer von selbst auflebe, sobald die Servitut nicht geübt werde.

---

cc) A. a. O. B. II. § 217.

dd) Paulus in l. 14 de serv. 8, 1. Nemo enim tam perpetuo tamque continenter ire potest, ut nullo momento possessio interpellari eius videatur.

Hier genüge also die einfache Thatsache des non usus, um den Usucapionsbesitz beim Eigenthümer zu begründen. — Allein, wie gesagt, ist ein solcher Usucapionsbesitz beim Eigenthümer doch nur da möglich, wo er das Grundstück selbst besitzt, und dieses wird nirgends in den Quellen gefordert. Außerdem ist auch noch nicht erwiesen, daß die servitus aquaeductus, welche doch zu den alten Rusticalservituten gehört, die durch non usus untergehen, nicht eines fortwährenden und stetigen Besitzes fähig sei. Man will sie freilich — und darin steht Unterholzner durchaus nicht allein, — überall, wo sie als ländliche Servitut erscheint, als das Recht auf Vornahme der zur Bewässerung eines Grundstücks nöthigen Handlungen auffassen, und wenn die l. 12 quemadm. serv. amitt. 8, 6 sagt:

> Et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur.

so soll sie von einem solchen Fall reden, wo die Bewässerung einmal ohne Zuthuen des Berechtigten z. B. bei einem Durchbruche erfolgt ist. Allein das Wort „aquaeductus" weißt, wie der Gebrauch desselben für die großen öffentlichen Wasserleitungen zeigt, ebenso auf das Vorhandensein dauernder Vorrichtungen und zwar wohl sehr häufig mit immer fließendem Wasser hin, so daß es Seitens des Berechtigten durchaus nicht immer wiederkehrender einzelner Handlungen bedurfte, sondern er, so lange die Vorrichtungen im Stande waren, die Servitut ohne irgend eigene Thätigkeit ausübte. Das sagt auch jene l. 12, wenn man sie in ihrem zunächstliegenden Sinne nimmt, zumal da allen Nachrichten vom römischen Feldbau nach derartige immer fließende Wasserleitungen vorhanden sein mußten. Fortdauernde Berieselungen der Wiesen kannte man schon frühe; zur Viehtränke, zum Gebrauch in der villa, bedurfte man gewiß ebenfalls schon lange immer fließender Brunnen, und um die zu speisen, wird man auch schon frühe eben solche Wasserleitungen angelegt haben. Das älteste Recht kannte aber, wie wir im § 1 ausführten, schon in früher Zeit die servitus aquaeductus, aber nur in der Form, wie man sie später den iura praediorum rusticorum zuzählte, und deßhalb mußte auch das Recht auf eine solche von selbst immerwährend fließende Wasserleitung eine ländliche Servitut sein, und demnach in ebenso stetiger und unveränderlicher Weise ausgeübt werden können, wie die städtischen Servituten.

Noch in mancherlei anderer Weise haben ältere und neuere Juristen den Zusammenhang zwischen dem Untergang durch Nichtgebrauch und der Usucapion nachzuweisen gesucht; alle diese, oft fast abenteuerlichen Versuche werden aber ebenfalls widerlegt durch die seither dargestellten Gründe und werden wir daher näher auf dieselben einzugehen nicht mehr nöthig haben, sondern können auf Zachariä von Lingenthals[ee]) Darstellung und Beurtheilung derselben verweisen. Wenn nun aber es nicht möglich ist, den Weg, auf welchem die römische Jurisprudenz von jener Bestimmung der zwölf Tafeln zu dem hier besprochenen Satz gelangte, zu reconstruiren, vielmehr uns überall die größte innere Verschiedenheit desselben und der Usucapionslehre entgegentritt, so möchten wir wohl befugt sein, für ihn einen ganz andern Entstehungsgrund zu suchen, und da werden wir um so mehr darauf hingewiesen, daß nur ein eigener Act der Gesetzgebung diese Erlöschungsart für die genannten Servituten hat einführen können, als sie bis zu einer Zeit zurückreicht, wo der Untergang eines Rechts durch Nichtgebrauch noch nicht in dem Institut der Klagverjährung eine Analogie fand, sondern eine durchaus allein dastehende Singularität war. Daß der Gerichtsgebrauch aus bloßen Billigkeitsrücksichten selbstthätig diese Lehre ausgebildet habe, indem er, wie das Paulus [Rec. Sent. I, 17 nach Zachariä's oben erwähnter Emendation] anzudeuten scheint, in der Nichtausübung einen Verzicht gefunden habe, läßt sich auch abgesehen von der Frage, ob der Gerichtsgebrauch überall in dieser Weise schöpferisch sein konnte, schon um deßwillen nicht annehmen, weil, wie im vorigen Paragraph ausgeführt wurde, der einfache, formlose Verzicht die Servitut nach älterem Rechte nicht aufzuheben vermochte, und ferner der Untergang der Servituten durch einfachen Nichtgebrauch gar häufig im schärfsten Gegensatz mit aller Billigkeit stehen konnte, und selbst da eintrat, wo der Gesichtspunkt eines Verzichts Seitens des Berechtigten gänzlich ausgeschlossen war. Denn der Satz, daß jeder Nichtgebrauch während der bestimmten Zeit die Servitut erlöschen mache, trat mit absoluter Kraft ein, mochte auch die Ausübung für den Berechtigten gradezu eine Unmöglichkeit gewesen sein, indem z. B. die Quelle versiegt war, aus der er Wasser leiten

ee) A. a. O. S. 72—78.

sollte[ff]), oder der Weg überschwemmt war, an dem seine Wegegerechtigkeit haftete[gg]), oder er gar mit Gewalt an deren Ausübung vom Eigenthümer verhindert worden war[hh]), oder die zeitweilige factische Beschaffenheit des zwischenliegenden Grundstücks dieselbe unmöglich gemacht[ii]), oder Kriegsgefangenschaft dem Usufructuar die Benutzung des Usufructs untersagt hatte[kk]). Wenn auch in fast allen diesen Fällen, wie die angeführten Quellenzeugnisse sagen, Restitution vom Prätor ertheilt wurde, so zeigt das doch grade, wie jener Satz mit der Billigkeit in argem Contrast stehen konnte. Gegen seine eigenen Schöpfungen restituirte der Prätor aber nicht, sondern er behielt der aequitas von vorne herein einen freien Spielraum in denselben vor; nur wo das Civilrecht wirksam war, bedurfte es seiner Restitution, und weißt daher auch dieser Umstand auf Entstehung dieser Servitutverjährung durch besondere Gesetze hin, da, wie gezeigt, auf dem Wege der Interpretation jener Zwölftafelstelle nicht dahin gelangt werden konnte, und das Gewohnheitsrecht ein so willkührliches Institut nicht schaffen konnte.

Zachariä von Lingenthal, der die hier angenommene Ansicht besonders, wenn auch zum Theil mit andern Gründen vertritt, hat mehrere Stellen aufgefunden, wo auch die Ausdrucksweise darauf hinweißt, daß, wie die lex Scribonia die Usucapion der Servituten aufhob, dieses oder andere Gesetze den Untergang durch Nichtgebrauch einführten[ll]). Die häufige Bezeichnung der Verjährungszeit als statutum oder constitutum tempus könne allerdings mit Rücksicht auf die Verordnungen Justinians über die längere Dauer derselben interpolirt sein, dagegen sei dies nicht möglich hinsichtlich des Ausspruchs von Paulus in l. 7 quemadm. serv. amitt. 8, 6, wonach die servitus itineris „statuto *legibus* tempore

---

ff) L. 34 § 1 et l. 35 de S P. R. 8, 3.

gg) L. 14 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 1 § 9 de itin. actuque priv. 43, 19.

hh) L. 1 § 9 daselbst und l. 1 § 23 de aqua quotid. 43, 20.

ii) Arg. leg. 6 pr. si serv. vind. 8, 5 und arg. leg 13 quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

kk) L. 1 § 1, l. 23 § 2 ex quibus causis maiores 4, 6.

ll) A. a. O. S. 65.

amittitur", da Justinian hierfür nur ein Gesetz [l. 13 C. de servit. 3, 34] gegeben hat. Ebenso soll das „legitimum tempus, quo servitutes pereunt" der l. 13 quemadm. serv. amitt., und ein ähnlicher Ausdruck in l. 5 de usufr. 7, 1 auf ein älteres Gesetz hinweisen.

Wenn nun Alles dieses uns zu dem Resultat führt, daß der Untergang der Servituten ein singuläres Institut ist, das nur aus Nützlichkeitsrücksichten durch die positive Gesetzgebung geschaffen ist, so müssen wir daraus den weitern Schluß machen, daß ihm nur der Umfang beizulegen ist, den die Quellenzeugnisse bestimmen, daß es aber allgemeinen Regeln zufolge einer analogen Ausdehnung nicht fähig ist. Demnach können wir nur für die servitus viae, itineris, actus und aquaeductus, so wie für den Ususfruct die Anwendbarkeit dieser Erlöschungsform zugestehen[mm]), müssen sie aber für die übrigen servitutes praediorum rusticorum durchaus leugnen. Fragen wir aber nach dem Grunde, warum das Gesetz grade nur für jene wenigen Servituten diese Singularität einführte, so vermögen wir mit Zachariä diese Beschränkung nur aus historischem Grunde zu erklären, indem jene Servituten nach unserer Ausführung in der Einleitung grade die ältesten sind, und es daher möglich und wahrscheinlich ist, daß nur sie, wenigstens von allen servitutes praediorum rusticorum, zu der Zeit bestanden, wo das Princip des Untergangs durch non usus zum Zweck der möglichsten Erleichterung des Eigenthums ausgebildet wurde, und daß später die Doctrin sich scheute, dieses durchaus anomale Institut auf die neueren Bildungen anzuwenden, wie sie diesen ja auch nicht den Charakter als res mancipi verlieh. Sie half sich daher hier, indem sie analog der Eigenthumsersitzung das Institut der usucapio libertatis schuf. Zachariä glaubt auch den Gang, den die Gesetzgebung hier eingehalten hat, in den Bemerkungen von Paulus in den mehrfach citirten Rec. Sent. I, 17 § 1 und 2 wiedererkennen zu können, indem die dort eingehaltene

mm) Vielleicht auch für den usus, da sich derselbe so sehr eng an den Ususfruct anschließt, wie die allgemeine Regel des Gaius (l. 3 § 3 de usufr. 7, 1): Quibus autem modis ususfructus et consistit, et finitur, iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui, et finiri erkennen läßt. Ein positives Zeugniß ist uns jedoch nicht darüber erhalten.

Form kurzer Regeln darauf hindeute, daß die Stellen Auszüge aus ältern Gesetzen seien. Darnach wäre die Bestimmung zuerst für die Wegeservituten und für die servitus aquaeductus gegeben, dann nochmal für alle Wassergerechtigkeiten (servitus hauriendae aquae vel ducendae) und unabhängig davon für den Ususfruct.

Wenn wir die praktischen Wirkungen unsers Resultats ins Auge fassen, so werden wir auch hier die Richtigkeit desselben bestätigt finden. Denn nehmen wir von den Servituten, die nach Ulpian's Ausspruch in l. 1 § 1 de S. P. R. „in rusticis computandae sunt", die servitus arenae fodiendae oder lapidis eximendi, so gewährten diese ein Recht auf eine Handlung, die nur in langsam wiederkehrenden Perioden, nämlich nur, wenn zur Substanzbesserung des herrschenden Grundstücks derartiges Material erforderlich war, ausgeübt werden konnte, und deren Nichtgebrauch in einem zweijährigen und längern Zeitraum also häufig durch die Natur der Umstände geboten war. Auch Wegeservituten konnten so construirt sein, daß sie mehrere Jahre hintereinander nicht ausgeübt wurden, wie in dem Falle, den Justinian in l. 14 pr. C. de serv. 3, 34 erwähnt, wo nur an einem Tage innerhalb eines fünfjährigen Zeitraums der Weg benutzt werden sollte, um Holz aus einem Walde abzufahren. Da aber stritten auch die römischen Juristen, wie wir aus jenem Gesetz Justinians erfahren, ob die Verjährungszeit Platz greifen solle oder nicht, während nirgends berichtet wird, daß auch bei der servitus lapidis eximendi u. s. w. diese Zweifel entstanden sein; ferner erfahren wir, daß schon da, wo eine Wasserleitungs- oder Wegegerechtigkeit nur zu einer bestimmten Jahreszeit, oder ein um den andern Monat, oder ein um das andere Jahr ausgeübt werden könne, eine Verdoppelung der Usucapionszeit für nöthig erachtet wurde, ja es scheint sogar, als ob manche Juristen hier den Untergang ganz ausgeschlossen haben wollten „quia non continuum est tempus"[nn]). Für die servitus lapidis eximendi u. s. w., wo

---

nn) L. 7 quemadm. serv. amitt. 8, 6. Paulus. — Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, *quia non est continuum tempus, quo, quum uti non potest, non sit usus.* Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero alternis diebus, aut die toto,

doch eine continuus usus in diesem Sinne oft ganz unmöglich war, wird uns aber von keiner Regel gesagt, welche die Mißstände der kurzen Verjährungszeit aufheben sollte, und deutet daher auch dies sehr darauf hin, daß der Untergang durch bloßen Nichtgebrauch überall nicht bei ihr eintrat. Vielmehr muß hier wie bei den städtischen Servituten eine usucapio libertatis Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache vorgenommen werden, und die geschieht auch hier durch Herstellung einer dauernden Vorrichtung, welche die Ausübung der Servitut unmöglich macht, sei es dadurch, daß der Zutritt zu dem Ort, von dem das Material entnommen werden soll, unmöglich gemacht wird, sei es dadurch, daß das Material, auf welches die Servitut einen Anspruch giebt, servitutwidrig verbraucht oder zerstört wird, und also die Freiheit von solcher Servitut sich ebenfalls schon in der äußern Erscheinung der seither dienenden Sache manifestirt. So wird z. B. die Freiheit einer Wiese von der Weideservitut von da an ersessen, wo das ganze Grundstück mit einem Hause bebaut wird. Die Härte und Unbilligkeit, die in dem Untergang solcher, ihrer Natur nach nur selten auszuübender Servituten durch bloßen Nichtgebrauch liegt, fällt hier weg, und wenn der Servitutberechtigte nur die dienende Sache im Auge behält und bei servitutwidrigen Veränderungen derselben seine Klage erhebt, kann er sein Recht stets gegen Verjährung schützen, während er hierzu bei der Annahme des Untergangs durch bloßen Nichtgebrauch vor Justinians Verlängerung der Verjährungszeit vielleicht häufig, nachher doch noch mitunter nicht im Stande sein würde.

Wir sind also auch hier zu dem Resultate gelangt, daß ein durchgreifender Unterschied zwischen servitutes praediorum rusticorum und servitutes praediorum urbanorum nicht besteht, sondern daß alle Realservituten nur untergehen, wenn der Eigenthümer die ihm durch die Servitut entzogene Befugniß wieder usucapirt hat, und daß nur für die Wege, die Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsservituten hiervon eine Ausnahme gemacht ist, indem sie schon untergehen,

---

aut tantum nocte, statutum legibus tempore amittitur, *quia una servitus est*. Nam et si alternis horis, vel una hora quotidie servitutem habeat, Servius scribit, perdere eum non utendo servitutem, *quia id, quod habet, quotidianum sit.*

wenn sie aus irgend einem Grunde nicht ausgeübt sind. Daß Justinian diesen Unterschied, wie man wohl angenommen hat, in l. 13 C. de serv. 3, 34 aufgehoben und überall Untergang durch bloßen Nichtgebrauch eingeführt hat, läßt sich schwerlich erweisen, da er dort ausgesprochener Maaßen nur im Sinne hatte, die Verjährungszeit zu ändern, und wenn es daher dort auch heißt: „ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, sed decennio", so liegt darin, daß er nur das eine Erforderniß jeder Verjährung, den Nichtgebrauch nennt, noch nicht, daß er das andere, die Usucapion der Freiheit, aufgehoben haben will[oo]).

§. 41.
Die wahre Bedeutung der Eintheilung der Realservituten in städtische und ländliche Servituten.

Wir haben in den letzten Paragraphen den Beweis zu führen gesucht, daß die Unterscheidung der Realservituten in den Beziehungen, wo die herrschende Meinung für jede der beiden Klassen ganz verschiedene Rechtsregeln gelten lassen will, gar keinen Einfluß übt, und kommen damit, trotz mancher abweichenden Auffassung in den Einzelheiten, in der Hauptsache zu dem von Zachariä von Lingenthal aufgestellten Satz, daß überall keine principielle Unterschiede zwischen beiden stattfinden[a]), und sie vielmehr von völlig gleicher Structur

---

oo) Die Beantwortung der sonstigen Fragen, die sich hier anknüpfen, müssen wir bis zu den weitern Erörterungen über diese Erlöschungsarten in dem Abschnitt „vom Untergang der Servituten" verschieben.

a) Man hat freilich wohl auch behauptet, alle servitutes praediorum rusticorum seien vom Prätor mit eigenen Interdicten versehen gewesen, während den servitutes praediorum urbanorum solche gefehlt hätten; allein dem letztern Theil der Behauptung steht das Interdict de cloacis entgegen, welche die städtische Servitut cloacam immittendi wenigstens in einer Beziehung schützte, indem damit Störungen bei der Reparatur zurückgewiesen wurden. Daß aber nicht alle ländlichen Servituten eigene Interdicte hatten, ergiebt sich schon mit Nothwendigkeit daraus, daß die Römer, wie der erste Abschnitt dieses Werks gezeigt hat, gänzliche Freiheit in der Servitutserrichtung anerkannten, und es daher unmöglich war, daß der Prätor im Voraus für jede Bildung, die der Privatwille etwa schaffen mochte, ein Interdict in seinem Edict fertig haben

sind. Zur Annahme dieses Resultats waren wir aber von vorne herein um so geneigter, als es uns allein mit dem Geiste der ganzen römischen Servitutenlehre in Einklang zu stehen schien. Denn wenn der Inhalt jeder Servitut jedesmal erst durch die Willkühr der Constituenten geschaffen wird, so ist es damit wohl verträglich, daß das Recht einzelne bestimmte Bildungen, wie sie herkömmlich öfter constituirt werden, mit besondern Wirkungen versieht, die ihnen der Privatwille nicht zu geben vermag; dagegen aber liegt ein Zwiespalt darin, wenn die ganze Fülle der möglichen Servitutformen in zwei starre, unbeugsame und noch dazu, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, lediglich nach äußern Merkmalen bestimmte Kategorieen eingezwängt und, je nachdem sie einer oder der andern anheimfallen, ohne welche Rücksicht auf den Willen der Constituenten stets nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden soll. Es widersprechen sich auf der einen Seite diese Dehnbarkeit und Flüssigkeit des Servitutenrechts und auf der andern Seite diese strenge Eintheilung, die häufig Verwandtes zerreißen und manche Servitutenbildungen, die von beiden Seiten Elemente aufgenommen haben, gewaltsam einer oder der andern Klasse wird zuweisen müssen.

---

konnte, und die engen Grenzen, welche den verhältnißmäßig sehr wenigen Interdicten zum Schutz der Rusticalservituten gegeben wurden, weisen auch auf das Gegentheil hin.

Man hat weiter auch auf Grund der l. 5 § 9 und der l. 14 de O. N. N. 39, 1 behauptet, zum Schutze aller städtischer Servituten und nur dieser sei die operis novi nuntiatio zulässig. Zu dieser Behauptung ist man aber allein dadurch gelangt, daß man von vorne herein einen weitgreifenden principiellen Unterschied zwischen beiden Klassen annahm, und als man darum die Nunciation zum Schutz einer via untersagt fand, diesen Satz gleich auf alle ländliche Servituten auszudehnen sich berechtigt hielt. Wir werden in der Lehre von dem Schutz der Servituten weitläufiger auf diese Frage eingehen müssen, und glauben hier einstweilen dieselbe übergehen zu können, um nicht zu sehr unser System zu zerreißen, zumal da die operis novi nunciatio durchaus nicht in einem organischen Zusammenhange mit der Servitutenlehre steht, sondern ein nur aus Nützlichkeitsgründen hervorgegangenes und durch gleiche Rücksichten begrenztes Institut ist, und deßhalb, selbst wenn die Richtigkeit der obigen Behauptung erwiesen würde, daraus allein eine verschiedene Natur beider Klassen der Realservituten doch nicht gefolgert werden kann.

Wenn wir aber so der Eintheilung der Realservituten in städtische und ländliche Servituten jeden eigentlichen Werth für das System absprechen, so drängt sich uns die Frage auf, warum denn die Römer sie überhaupt gemacht, und wie sie so häufig benutzt werden konnte, wie wir im Eingang dieses Kapitels gezeigt haben. Diese Frage wird meines Erachtens von Zachariä durchaus nicht genügend beantwortet, und darin möchte ich auch den Grund suchen, warum seine Ansicht seither so wenig Beifall gefunden hat. Nach ihm soll die ganze Eintheilung ein Ausfluß des Satzes sein: servitus praedio utilis esse debet, und er will ihr also nur die Bedeutung beilegen, daß einmal manche Servituten ihres Inhalts wegen nur einem praedium urbanum, andere ebenso nur einem praedium rusticum zustehen können, weil sie nur einem solchen Grundstück Vortheil zu bringen vermögen, und sodann, daß Servituten die beiden Arten von Grundstücken zustehen können, gleichwohl, je nachdem sie in einem gegebenen Falle mit dem einen oder andern praedium verbunden sind, von sehr verschiedenem Inhalt sein müssen, da sich dieser nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks richtet und das Bedürfniß in jedem Falle ein anderes ist. Daß dies der wahre Sinn der ganzen Unterscheidung ist, soll daraus hervorgehen, daß in den beiden Pandektentiteln de S. P. U. [8, 2] und de S. P. R. [8, 3] fast nur davon die Rede ist, welche Servituten mit Rücksicht auf jenen Satz für ein Grundstück der einen oder andern Art bestellt werden können, oder welches der Inhalt und Umfang der einzelnen statthaften Servituten ist[b]).

So richtig auch diese Beobachtungen sind, so erhalten wir doch auf dem von Zachariä eingeschlagenen Wege keine Erklärung der unabweisbaren Erscheinung, daß diese Eintheilung so vielfach von den römischen Juristen berücksichtigt wurde und sie auch da die iura praediorum rusticorum und urbanorum statt der Servituten erwähnten, wo es sich um ganz andere Lehren, als die, auf welche Zachariä die Wirkung der Eintheilung reduciren will, handelte. Es bleibt ein Räthsel, warum grade dieser eine Satz das ganze Servitutensystem beherrschen soll, da ihm doch sonst keine größere Bedeutung beigelegt wird, als so manchen andern Lehren. Viel näher hätte es

b) Zachariä a. a. O. S. 95—97.

gelegen, die Servituten nach der Natur der Servitutbefugniß etwa in positive und negative Servituten einzutheilen. Um sich Alles dieses aber erklären zu können, muß man meines Erachtens auf die Entstehungsgeschichte der Servituten zurückgehen.

Ich glaube nämlich, daß die Römer diese Eintheilung der Servituten niemals gemacht haben, sondern daß sie älter, wie der ganze Servitutenbegriff ist, der aus diesen beiden Arten erst allmählig zusammengewachsen ist. Es ist im § 1 dieses Werks weitläuftiger ausgeführt worden, wie die Wege- und Wasserleitungsservituten einer ältesten Bildungsperiode auf dem Servitutengebiet angehören. Die servitus aquaehaustus nimmt auch ein verhältnißmäßig hohes Alter in Anspruch, aber es ist möglich, daß sie sich in ihrer ältesten Gestalt von der servitus aquaeductus noch nicht völlig geschieden hatte, sondern, wie sie sich aus dieser entwickelt hatte, so auch Anfangs mit ihr systematisch vereint blieb. Damit waren aber die iura praediorum, wie sie damals noch allein heißen mochten, für längere Zeit abgeschlossen, und erst nach Ausbildung der städtischen Servituten wurden neue ländliche Servituten geschaffen. Das wird dadurch bewiesen, daß nicht nur Gaius, der, wie mehrfach erwähnt wurde, keine weiteren ländlichen Servituten als die vier zu kennen scheint, als iura praediorum urbanorum eine Reihe von einzelnen Arten aufführt[c]), sondern auch Ulpian, der die spätern ländlichen Servituten noch nicht als eigentliche iura praediorum rusticorum auffaßt, sondern von ihnen nur sagt: in rusticis computanda sunt [vgl. S. 11], doch städtische Servituten unbedenklich als solche bezeichnet[d]).

Da nun die gewöhnlichsten und auch wohl ältesten Formen der Urbanservituten, die servitus protegendi, tignum immittendi, altius non tollendi, mit diesen ältesten Rusticalservituten in der äußern Erscheinung durchaus sehr geringe Aehnlichkeit haben, so läßt sich nicht annehmen, daß sie durch allmählige Erweiterung der vier alten Servituten auf dem Wege juristischer Deductionen Eingang im Rechte gefunden haben, vielmehr deutet Alles darauf hin, daß sie sich ganz unabhängig und selbständig unmittelbar im römischen Leben und vielleicht lange Zeit unbemerkt

c) L. 2 de S P. U. 8, 2.

d) L. 3 et l. 15 de S. P. U. 8, 2.

von der Jurisprudenz entwickelt haben, gleichsam durch einen ganz neuen Ansatz, den die Rechtsbildung da gemacht hatte[e]). Eine dringende Veranlassung zur Ausbildung solcher Verhältnisse mochte in der mehr und mehr zunehmenden Bevölkerung und der dadurch herbeigeführten Vermehrung der Gebäude innerhalb der Städte, namentlich innerhalb Roms liegen. Denn als man anfing, neben den alten Häusern, die unter Bewahrung des vorgeschriebenen Zwischenraums eine völlig von einander unabhängige Lage gehabt haben mochten, überall selbständige Häuser einzufügen, oder Anbaue zu machen, um für die anwachsende Volksmenge Wohnungen zu schaffen, und so jeder Winkel des einzelnen Grundstücks benutzt wurde, drängte das Bedürfniß zu allerlei Uebergriffen in das benachbarte Gebiet und mit Genehmigung des Eigenthümers mochte gar oft dort ein Balken befestigt, ein Vordach hineingebaut sein u. s. w. Ebenso mußte man sich schützen, wenn man sein Grundstück bis auf die Grenze bebauen wollte, daß nicht der Nachbar diesem Bauwerk durch spätere Bauten Licht und Luft entziehe, und ließ sich deßhalb dahin zielende Versprechungen ertheilen. So mochten schon lange derartige Verhältnisse üblich geworden sein, als sie zur richterlichen Cognition kamen; unter den Gesichtspunkt von Obligationen ließen sie sich, seitdem der Grundbesitz nicht mehr in festen Händen war, nicht mehr bringen, da sie dann keine dauernde Sicherheit gewährten, und das doch wesentlich nöthig war, und so kam man dahin, sie als ein eigenes dingliches Rechtinstitut aufzufassen. Die Jurisprudenz faßte sie zu einem Gesammtbegriff zusammen, den sie nach dem Orte, wo sie sich seither allein gebildet hatten, als iura praediorum urbanorum bezeichnete, und um für die einzelnen Fälle einen geeigneten Entstehungsgrund zu haben, den der bloße Consens der Nachbaren nicht zu gewähren vermochte, wandte man die Usucapion hier an. Die lex Scribonia soll diese für unzulässig erklärt haben[f]) und hatte damit vielleicht den Zweck im Auge, die Constituenten solcher Servituten zu solennen Errichtungsformen, namentlich zur in iure cessio hinzutreiben.

---

e) Demnach bildeten Rustical- und Urbanservituten die beiden selbständigen Faktoren des Begriffs der Realservituten, und diese und der Usufruct wieder die Faktoren des Gesammtbegriffs der Servituten.

f) L. 4 § 29 de usurp. 41, 3.

Der Name *iura praediorum urbanorum* bezeichnete also ursprünglich eine Reihe einzelner Servitutenbildungen, die sich innerhalb der Städte zwischen den mit Gebäuden bedeckten Plätzen entwickelt hatten, ohne daß er jedoch jemals das Eigenthum eines abgeschlossenen Kreises war, wie das hinsichtlich des Namens iura praediorum rusticorum früher der Fall war, wie denn auch Gaius bei Aufzählung der städtischen Servituten nach dem er er die gewöhnlichsten Formen genannt hat, hinzufügt: ceteraque istis similia[g]). Das deutet auch auf Entstehung dieses Begriffs zu einer Zeit hin, in der schon das Recht eine größere Biegsamkeit angenommen hatte, und namentlich die Freiheit der Servitutbildung zur Anerkennung zu gelangen begann. Diesem Geiste gemäß ließ man die Bildungen, welche ursprünglich nur der Stadt angehörten, auch für ländliche Grundstücke zu, als man ihre Brauchbarkeit für alle Fälle außerhalb der Stadt, in denen Gebäude in der Nähe der Grenze aufgeführt werden sollten, erkannte, und da man hier doch den einmal üblich gewordenen Namen „iura praediorum urbanorum" beibehielt, mußte die Doctrin alle Grundstücke, soweit sie mit Gebäuden versehen waren, als praedia urbana stempeln[h]). Fragt man, ob man bei Uebertragung dieser Servituten auf das Land auch an der Forderung, die seither die Umstände von selbst gegeben hatten, festgehalten und verlangt habe, daß beide Grundstücke, herrschendes und dienendes, praedia urbana in diesem neuen Sinne seien, wie sie es seither im alten Sinne gewesen waren, da beide in der Stadt lagen, so war das für einige Bildungen, wie die servitus tigni immittendi, natürlich durchaus erforderlich; andere aber, wie die servitus stillicidii immittendi, protegendi u. s. w. erwiesen sich als ebenso anwendbar wenn nur das herrschende Grundstück ein Gebäude war, wie sie ja auch, so lange sie ausschließlich der Stadt angehörten, leeren Plätzen gegenüber bestanden haben konnten. Manche Servituten, wie die servitus altius tollendi ließen sich sogar denken, wo herrschendes und dienendes Grundstück ganz leer waren; allein wahrscheinlich wurden sie zuerst nur in der Gestalt auf das Land versetzt, in welcher sie

---

g) L. 2 de S. P. U. 8, 2.

h) § 1 J. de serv. 11, 3; l. 1 comm. praed. 8, 4; l. 198 de V. S. 50, 16.

in der Stadt zur Ausbildung gelangt waren, also zum Schutz der Häuser vor Verdunkelung, und daher war auch bei ihnen das herrschende Grundstück ein praedium urbanum [1]), so daß sich allgemein das Resultat herausstellte, die Urbanservituten seien auf dem Lande möglich, wenn wenigstens das herrschende Grundstück ein praedium urbanum sei.

Der Name iura praediorum urbanorum wäre nun eigentlich nach Gewinnung des Gesammtbegriffs der Servituten überflüssig gewesen, da, wie gesagt, sich keine praktischen Folgen an ihn anknüpften; allein die römische Jurisprudenz bewahrte, treu ihrem historischen Charakter, die einmal durch die geschichtliche Entwicklung gegebene Eintheilung der Servituten im Namen und selbst im System bei, freilich ohne wohl zu ahnen, daß sie damit einer spätern Zeit einen so reichen Stoff zu Controversen und Mißverständnissen bieten werde. Dadurch aber, daß manche Regeln nicht allgemein für die Servituten sondern nur für die beiden Klassen formulirt zu sein pflegten, wurde die Jurisprudenz genöthigt, alle neu entstehenden Bildungen einer oder der andern Klasse zuzuweisen, trotzdem daß die ganze Anlage derselben, wie sie sich in dem Namen ausspricht, ursprünglich gar nicht für einen so weiten Umfang eingerichtet war. Deßhalb mußte sie ferner bestimmte Gesichtspunkte aufstellen, nach denen sie diese Vertheilung vornehmen wollte. Bei Entstehung dieser Klassen war bloß darauf gesehen worden, ob die Servitut sich in der Stadt gebildet habe, oder nur auf dem Lande vorkomme, das konnte nicht mehr genügen, seitdem die einmal in der Stadt zur Anerkennung gelangten Servituten als iura praediorum *urbanorum* auf das Land versetzt waren, und an dessen Stelle trat daher die Frage, ob die Servitut zu Gunsten von praedia urbana in dem neuen, weitern Sinne beständen oder nicht. Dadurch konnte es denn kommen, daß auch die alten städtischen Servitutenbildungen, aus welchen sich der

1) Der Beweis dafür liegt in dem Umstande, daß die **servitus praetorio officiendi**, also das Recht, das Bauen eines Hauses dem Nachbaren zu verbieten in l. 2 de S. P. R. 8, 2 mit andern regelmäßig städtischen Servituten ausnahmsweise als ländliche genannt wird, wenn das herrschende Grundstück noch ein ländliches ist (s. u.); da sie nun aber als städtische Servitut zuerst auf dem Lande angewandt sein wird, muß sie auch zuerst nur zum Vortheil von Häusern dort bestellt sein.

Begriff der iura praediorum urbanorum erst entwickelt hatte, wenn sie für Grundstücke bestellt waren, die noch ganz unbebaut, also praedia rustica waren, den ländlichen Servituten zugezählt wurden, wie das Neratius in l. 2 de S. P. R. 8, 3 thut. Dort sagt er:

Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere.

Diese Stelle, die den Auslegern immer sehr viel Schwierigkeiten gemacht hat und mit manchen Theorieen über die Eintheilung in Rustical- und Urbanservituten anerkanntermaaßen völlig unvereinbar ist, geht von der Voraussetzung aus, daß auf dem herrschenden Grundstück noch kein Gebäude steht; während die erstgenannten Servituten aber auch schon in dem praedium rusticum völlig nützlich sein können, indem sie die Aussicht eines Gartens schützen u. s. w., können die beiden letzten erst ausgeübt werden, wenn auf dem herrschenden Grundstück ein Gebäude errichtet wird, und sowie sie daher zur Ausübung kommen, verwandeln sie sich aus Rustical- in Urbanservituten.

Der praktische Werth dieser Untersuchungen war aber ein sehr geringer. Nur um der herkömmlichen Fassung mancher Regeln gerecht zu werden, untersuchte man, ob eine Bildung den servitutes praediorum rusticorum oder urbanorum zufalle; nach welchem Princip und für welche Klasse man sich aber auch entscheiden wollte, dem Resultat nach war es gleichgültig, da ja für beide Klassen dieselben Regeln ausgesprochen waren, und so erklärt es sich denn auch, warum diese Frage nirgends in den Quellen ausführlich besprochen wird. Die römischen Juristen vermeiden es schon, eine Eintheilung näher zu erörtern, die nur einen historischen Werth hatte, an die sich aber keinerlei praktischer Erfolg knüpfte.

Zweites Kapitel.

Die durch den Ackerbau hervorgerufenen Realservituten [a]).

---

§ 42.

Die Wegeservituten.

Wir haben in der Einleitung dieses Werks [§ 1] den Versuch gemacht, ein Bild von der Entstehung der Wegeservituten zu entwerfen, und sind da zu dem Resultate gelangt, daß wenn dieselben auch nicht sofort bei der ersten Theilung des Grund und Bodens geschaffen sind, ihre Anfänge doch in sehr frühe Zeit zurückreichen,

---

a) Wenn wir im vorigen Kapitel dahin gelangt sind, der Eintheilung in **serv. praediorum rusticorum** und **urbanorum** einen eigentlich systematischen Werth abzusprechen, zumal die einzelne Servitut, ohne daß sie ihren Charakter verändert, bald der einen, bald der andern Klasse angehören kann, so ist dagegen nicht zu verkennen, daß wenn die römischen Juristen jene Eintheilung zur Darstellung der einzelnen Bildungen benutzen, sie von dem richtigen Gesichtspunkt ausgehen, wie die ganze Masse der Realservituten aus historischen Gründen in zwei Abtheilungen zerfällt, wovon die eine die vier alten Servituten, **via, iter, actus** und **aquaeductus** und alle die einschließt, welche jenen unmittelbar nachgebildet und im engsten Anschluß an dieselben entstanden sind, und welche daher in ihrer ursprünglichsten und nächsten Gestalt **serv. praediorum rusticorum** waren, d. h. auf dem Lande und zu Gunsten des Ackerbaus geschaffen sind, während dagegen die andere Abtheilung alle die Servituten in sich faßt, welche sich ganz unabhängig von jenen auf städtischem Gebiet zunächst zur Förderung des Häuserbaus ausgebildet haben. Diese historischt, nicht systematisch interressante Eintheilung wollen auch wir hier beibehalten, die beiden

und daß sie darum in den Quellen in Verbindung mit der Wasserleitungsservitut als die Vorbilder und Repräsentanten der andern Realservituten aufgestellt werden. Es ist aber nicht der Gattungsbegriff „Wegeservituten", in denen sie uns hier regelmäßig entgegentreten, sondern statt dessen werden uns von den juristischen Schriftstellern meistens drei bestimmte Formen genannt, in denen sie sich die Anerkennung errungen hatten, nämlich *via*, *iter* und *actus* [b]), und wenn uns auch wohl einzelne Unterscheidungsmerkmale für dieselben angegeben werden, so ist uns doch nirgends ein ausdrückliches Zeugniß darüber erhalten, wie und warum die Rechtsentwicklung zu dieser dreifachen Bildung gelangte, und welches die Reihenfolge ist, in der die drei Formen zur Entstehung kamen. Daß ein wirkliches Bedürfniß vorhanden sein mußte, um das Recht zu nöthigen, einen ganz neuen Ansatz auf dem Wege der Servitutenbildung zu machen, und daß demnach innere charakteristische Verschiedenheiten unter diesen drei Arten bestehen müssen, läßt sich schon nach dem Gange vermuthen, der in der ganzen Entwicklung des Servitutenrechts eingehalten ist, wo immer alle Willkürlichkeiten vermieden sind und stets zwingende Umstände nöthig waren, um Neues zu schaffen, und wenn wir es auch auf Rechnung der Unbehülflichkeit und Unbiegsamkeit älterer Rechtszustände setzen können, daß sie mitunter nicht durch Erweiterung der vorhandenen Institute, sondern durch Bildung ganz neuer dem hervortretenden Bedürfniß Abhülfe verschafften, so müssen

---

Abtheilungen aber nicht wie die röm. Juristen serv. praed. rusticorum und urbanorum benennen, da diese Begriffe nach ihrer spätern Entwicklung [s. den vorigen Paragraphen] durchaus nicht mehr mit jenen Abtheilungen congruent sind.

b) Doch wird via nicht allein bei allen drei Servituten gebraucht, um den Platz, auf welchem das Wegerecht haftet, zu bezeichnen, wo es also ganz identisch ist mit unserm „Weg" [so l. 14 de op. nov. nunc. 39, 1; l. 13 §. 1 de S. P. R. 8, 3], sondern es wird auch das Recht, die servitus itineris, und die servitus actus als via bezeichnet [so l. 13 de serv. 8, 1; l. 14 de S. P. R. 8, 3], so daß via ausnahmsweise als Gattungsbegriff auftritt. Außerdem wird auch häufig eine oder zwei der drei Bildungen beispielweise genannt, wo die ausgesprochene Regel doch für alle drei anwendbar gewesen wäre.

wir doch um so mehr vermuthen, daß die Umstände dringend genug waren, um den Widerstand gegen eine ganz neue Rechtsbildung zu überwinden.

Suchen wir nun, da uns die äußern Nachrichten fehlen, aus dem Inhalt dieser einzelnen Servituten auf ihre Entstehungsgeschichte zurückzuschließen, so werden wir zunächst die in den Quellen angegebenen Unterscheidungsmerkmale zusammenzustellen haben.

1) *Iter*[c]) est ius eundi ambulandi hominis [non etiam iumentum agendi vel vehiculum], sagt Justinian in pr. J. de serv. II, 3 nach dem Vorbild Ulpians[d]), und giebt damit, wie die kurze sprichwörtliche Fassung und der Gebrauch des in dieser Weise alterthümlichen *ambulare* errathen läßt, wahrscheinlich zum Theil nur die alten, bei der Errichtung oder bei der Klage gebrauchten Formeln wieder. Darnach ertheilt diese Servitut die Befugniß auf dem dienenden Grundstück hin und zurück zu gehen[e]), und zwar der Regel nach nicht nur in Person zu gehen, sondern auch Andere dort gehen zu lassen, soweit das die Benutzung des herrschenden Grundstücks zu fördern

---

c) Iter wird in den Quellen mitunter auch gebraucht, ohne daß es diese bestimmte Realservitut bedeuten soll, wie z. B. in l. 2 § 2 si serv. vind. 8, 5 die dem Usufruktuar eines entfernteren Grundstücks für die Dauer des Usufructs zustehende persönliche Durchgangsgerechtigkeit über ein näheres Grundstück iter genannt wird. —

d) L. 1 pr. de S. P. R. 8, 3.

e) Ambulare, welches hier natürlich nicht in dem freilich schon früh vorkommenden Sinne (*Cato* de re rust. 143) von spatiari, lustwandeln, stehen kann, da dann diese Servitut gegen die allgemeinen Grundsätze über die Nützlichkeit der Realservituten [vgl. § 16 S. 142] und insbesondere gegen den Ausspruch der l. 8 pr. de serv. 8. 1 anstoßen würde, ist auf verschiedene Weise gedeutet worden. Die Glosse bringt es mit ambo in Verbindung und es soll heißen „zu zweien zusammengehen". Vossius läßt es aus ἀναπολεῖν contrah. ἀμπολεῖν entstehen und übersetzt es durch „zurückgehen". Puchta [kleine civilistische Schriften S. 128] berichtet von einer Ableitung aus ἀμφί und einem alten Wort ulare, gehen, das sich in adulari erhalten habe [die verschiedene Quantität des u in ambulare und adulari macht dies schon sprachlich unmöglich]. Doederlein [Synonima Bd. 3 S. 25] sieht darin ein Deminutiv von ambire (ambi — ire oder ein Derivativum von ambi). Außerdem ist noch möglich, daß ambulare durch Anfügung der Verbalendung ulare

vermag. Daß diese auch etwas tragen dürfen, soweit es ohne Gefährde des dienenden Grundstücks geschehen kann, wird meistens dem Willen der Constituenten nicht widerstreiten, sondern bei dem landwirtschaftlichen Zweck dieser Servitut geradezu beabsichtigt sein, und so liegt in dem Satze der l. 7 pr. de S. P. R. 8, 3, wonach man sich auf Grund einer serv. itineris in Sänften [und zwar in sellae, die von zwei Trägern getragen wurden, wie auch in lecticae, die deren vier bis acht bedurften] über das dienende Grundstück tragen lassen dürfe, noch keine Erweiterung des nächsten ursprünglichen Inhalts des iter. Schon mehr liegt diese in der Bestimmung der l. 12 daselbst, daß diese Servitut auch zum Reiten ermächtigt, — ein Satz, der aus der Beobachtung hervorgegangen sein wird, daß dazu keine größere Breite erforderlich ist, wie zum Gehen, und daß auch das Grundstück dadurch nicht mehr beeinträchtigt wird. Der Zweck, Transport einer einzelnen Person, bleibt ja derselbe, und es ist nur ein anderes Mittel, durch welches man ihn realisirt; dieses Mittel wollte man nicht rigoristisch ausschließen, und stellte darum das Reiten dem Gehen gleich. — Wenn über die Breite des Wegs

---

direct aus ambi entstanden sein kann. Wie dem auch sei, so scheinen für den Zusammenhang mit ambi oder ἀμφί [da der sprachlich ebenfalls mögliche mit ambo dem Sinne nach, welchen das Wort überall hat, durchaus unwahrscheinlich ist] die meisten Gründe zu sprechen. Darum heißt es zunächst wohl nur „umbeugen“ und was damit in Verbindung steht „zurückgehen“; und so soll durch die obige Definition des iter nur ausgedrückt werden, wie es die Befugniß ertheilt, nach beiden Richtungen hin vorwärts und rückwärts zu gehen [das commeare der l. 12 de S. P. R.], was sich doch keineswegs, wie Puchta behauptet, mit Nothwendigkeit von selbst versteht. Die Erklärung des Letztern durch „herumgehen auf jedem Theile des Grundstücks“, worauf denn die Theorie gebaut wird, daß das iter ursprünglich keinen bestimmten Weg voraussetze, sondern das ganze Feld ergreife, wird dadurch widerlegt, daß auch unter den Attributen der via das ambulare genannt wird, und wenn Puchta diesen Einwand dadurch beseitigen will, daß die Formel für die via zu einer Zeit entstanden sei, wo die Bedeutung von ambulare nur noch den Sprachgelehrten bekannt war, so hängt das damit zusammen, daß er die Entstehung der via überhaupt in ein zu spätes Alter setzt (s. u.), und er schlägt dann die Leistungen der ältern römischen Jurisprudenz doch auch wohl zu gering an.

nichts bei der Constituirung festgestellt ist, so soll sie durch richterliches Ermessen und also nach Gelegenheit der Umstände und des Bedürfnisses festgesetzt werden[f]).

2) *Actus* est ius agendi vel iumentum vel vehiculum, definiren wieder Ulpian und Justinian[g]), und fügen hinzu: Itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Darnach gewährt also die servitus actus nicht allein die Befugniß, Vieh über ein Grundstück zu treiben, ja diese wird weder hier, noch in andern ähnlichen Stellen[h]) als ein charakteristisches Kennzeichen derselben dargestellt, wie man das jetzt häufig thut und aus der Bedeutung des Worts „agere", dessen allgemeinen Sinn man specialisirt und durch „treiben" übersetzt, ableiten will; sondern, es wird überall die Befugniß, Wagen über das Grundstück zu führen als zweites gleichberechtigtes Element daneben gestellt. Allerdings sagt Pomponius in l. 13 de serv. 8, 1, daß wenn der Ort, an dem die Wegegerechtigkeit hafte, so eng ist, daß dort kein Wagen fahren, sondern nur Vieh getrieben werden kann, eine servitus actus vorliege, und daraus hat man fast allgemein mit großer Bestimmtheit schließen wollen, daß das Recht zur Viehtrifft ein Essentiale der serv. actus sei, das nie fehlen dürfe. Allein mit Recht hat Puchta [a. a. O. S. 104] die Richtigkeit dieses Schlusses angegriffen und die gleiche Bedeutung beider Elemente behauptet. Wo Terrainschwierigkeiten wegen nicht gefahren werden kann, da kann allerdings mitunter noch Vieh getrieben werden, und muß also auch, da eine servitus itineris nicht die Triftgerechtigkeit gewähren kann, um diese zu erwerben, eine serv. actus möglich sein, während der umgekehrte Fall, wo man der Bodenbeschaffenheit wegen nur fahren, nicht auch Vieh treiben kann, nicht leicht vorkommen wird. Allein ich glaube, daß wenn darum auch nicht die Ortsbeschaffenheit dem actus dieses Element entziehen kann, so doch der Wille der Consti-

---

f) L. 13 § 2 de S. P. R. 8, 3. Vgl. § 25 S. 209.

g) L. 1 de S. P. R.; § 1 J. de serv. II, 3.

h) L. 12 de S. P. R.: — actus vero, ubi et armenta traiicere et vehiculum ducere liceat. L. 7 daselbst: Qui actum habet, et plaustrum ducere et iumento agere potest. Theophil. II §. 3.

tuenten dies zu thun vermag, und daß das Fehlen desselben allein noch nicht den Begriff des actus aufhebt. Denn dieser stellt sich gegenüber der via immer als das Recht von geringerem Umfange, als das minus dar; aus diesem aber würde, wenn das Fehlen der Triftgerechtigkeit allein schon die Wegeservitut zu einer via machen könnte [denn was sollte sie sonst sein, da ein iter ja nicht das Recht zu fahren enthalten kann?], durch weitere Abschwächung und Entziehung eines ihrer regelmäßigen Attribute mit einem Male das maius, das Recht von größerm Umfange werden.

Um die der serv. actus eigenthümlichen Attribute, um derentwillen sie geschaffen ist, ausüben zu können, muß man meistens auch auf dem dienenden Grundstücke gehen, und so ergab eine genaue Zergliederung der Servitut von vorneherein das Resultat, daß darin auch die Befugniß zum Gehen enthalten sei. Das Gehen erscheint ohnehin gegenüber den andern Nachtheilen, welche für das dienende Grundstück aus dieser Servitut hervorgehen, als eine so geringe Belastung, die kaum noch einen Ort beschädigen kann, wo Wagen zu fahren pflegen, daß die Inhaber des dienenden Grundstücks selten Einsprache erhoben haben werden, wenn der Berechtigte einmal ohne Wagen oder Vieh über das Grundstück ging, und so bildete sich der Satz, daß das Recht, zu gehen, ein selbstständiges und auch für sich benutzbares Element der serv. actus sei, oder daß, mit andern Worten, im actus ein iter enthalten sei[i]), und während der actus zunächst auf eine ganz verschiedene Thätigkeit gerichtet war, wie das iter, nahm er dadurch den Charakter einer Steigerung desselben an[k]). Doch nur die Vermuthung stritt dafür, daß der Inhaber eines actus nach Belieben über das dienende Grundstück gehen könne; es konnte ihm dies natürlich auch durch den Willen der Constituenten untersagt sein, wenn diese etwa einer zu häufigen Benutzung dadurch

---

i) L. 1 pr. de S. P. R. 8, 3: **Itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento.**

k) Darum entscheidet Ulpian in l. 9 § 2 de novat. 46, 2: **Qui actum stipulatur, deinde iter, nihil agit. . . . Sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur; aliud est enim iter, aliud actus.**

vorbeugen zu können hofften, daß sie dieselbe ausdrücklich nur für Wagen und Viehheerden gestatteten. Einen derartigen Willen der Constituenten nahm man an, wenn ein actus sine itinere constituirt war, und etwaige Zweifel darüber, ob der actus dann nicht ganz unausführbar sei, da ein Viehtreiben ohne zu gehen oder wenigstens ohne zu reiten nicht möglich sei, und selbst das Fahren und namentlich, wie es der Regel nach der Fall gewesen sein wird, das Fahren von Ackerwagen, mitunter ein Betreten des Wegs nöthig macht, und wäre es auch nur um den im Stand zu halten u. s. w., schneidet Ulpian in l. 4 § 1 si serv. vind. 8, 5 durch den Ausspruch ab:

> Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.

Indem er nämlich einer solchen Servitut die Klagbarkeit zugesteht, nimmt er auch an, daß sie allen Erfordernissen der Realservituten entspricht; und also faßt er jene bei der Constituirung gebrauchten Ausdrücke nicht so, als ob darin alles Gehen verboten sei, sondern er gesteht dem Berechtigten die Befugniß zu, so viel zu gehen, als für die Ausübung der übrigen Attribute des actus erforderlich ist.

Anderer Ansicht scheint Paulus zu sein. Denn er sagt in l. 1 de adimend. legat. 34, 4:

> Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest.

Wir vermögen die Worte nicht anders zu erklären, als das Paulus annimmt, in der ademtio itineris liege ein Verbot alles Gehens, und da eben die Benutzung des actus ohne zu gehen nicht möglich sei, erscheine diese ademtio als Zufügung eines unmöglichen Modus, der daher in Gemäßheit der allgemeinen Regeln des Legatenrechts wegfalle. Zu so weit steht die Entscheidung von Paulus noch nicht in einem unauslöslichen Widerspruch mit der von Ulpian. Denn es ist nicht zu leugnen, daß, wenn die Parteien gleich von Anfang an einen actus sine itinere constituirten, und also, da man Ernstlichkeit des Willens voraussetzen muß, alsbald ein bestimmtes Bild mit diesem Namen verbinden mußten, man mit viel größerer Sicherheit annehmen kann, daß sie sich die Sache so dachten, wie Ulpian sie aufgefaßt hat, als wenn ein Testator erst allgemein einen actus bestellte, und dann später nur das iter adimirte. Hier

ist es sehr leicht möglich, daß er glaubte, oben auch nur ein iter legirt zu haben, und daß er also wirklich ganz verschiedene Dinge gab und nahm, oder daß er sich kein klares Bild von dem Rechtsverhältniß machte, welches nun entstand, und eine Benutzung des actus ohne alles Gehen für ausführbar hielt, so daß er wirklich eine unmögliche Rechtsbildung projectirt hatte. Darum ist also die Entscheidung von Paulus in so weit noch nicht in unbedingten Widerspruch mit Ulpian; wohl aber ist das der von Paulus gebrauchte Grund: quia nunquam actus sine itinere esse potest. Wie er aber zu diesem Ausspruch kam, begreift sich, wenn man das eben Gesagte berücksichtigt. Er hatte nur einen Fall im Sinne, wo die Entziehung des iter als das Verbot alles Gehens angesehen wurde, und diesen Sinn subintelligirte er nun überall, wo von einem actus sine itinere die Rede war. Daß die Compilatoren beide Stellen aufnahmen wird erklärlicher, wenn man berücksichtigt, daß sie verschiedenen Klassen angehörten[l]).

Die Breite des actus ist, wenn die Constituenten darüber nichts festgesetzt haben, wieder durch richterliches Ermessen zu fixiren[m]). Aeltere Juristen haben freilich auf Grund von *Varro* de ling. Lat. V. §. 34. und *Isidorus* Orig. l. 15 c. 15 eine gesetzliche Breite von vier Fuß statuiren zu müssen geglaubt, aber es ist wiederholt

---

l) Puchta a. a. O. S. 118 ruft die Untheilbarkeit der Realservituten zu Hülfe, um den Zwiespalt beider Stellen zu heben, indem danach eine einmal constituirte Servitut nicht theilweise wieder aufgehoben werden könne. Allein abgesehen davon, daß dann die Schlußworte von Paulus noch viel unerklärlicher oder viel mehr unverantwortlicher gefaßt erscheinen, so möchte das auch wieder ein Mißbrauch der viel mißbrauchten Untheilbarkeit der Realservituten sein. Wie ich schon erwähnt (§ 39 S. 352 ff.) und noch mehrmals ausführen muß, schließt diese nicht aus, daß von der einmal bestehenden Servitut einzelne Bestandtheile untergehen, wenn nur die Befugnisse, welche in Kraft bleiben, derartig sind, daß sie selbständig ausgeübt werden können. Nach Puchta's Ansicht müßte man auch annehmen, daß wenn erst jemand sagte: ich legire dem N. N. eine serv. viae, aber er darf auf dem Wege nicht mit der und der Art Wagen fahren, die letztere Beschränkung ungültig sei, da darin eine ademtio einzelner durch die algemeine Bestellung der via bereits verliehener Befugnisse und also eine Theilung der untheilbaren serv. viae liege.

m) L. 13 § 2 de S. P. R. 8, 3.

nachgewiesen worden, wie jene Stellen nicht von der Wegeservitut des actus, sondern von einem gleichnamigen Feldmaaß reden. Daß die Parteien auch über die Art und Anzahl des Viehs, welches übergetrieben werden darf, über die Form der zu brauchenden Wagen, ebenso wie über die Ausübungszeit u. s. w. Anordnungen treffen können, ergiebt sich von selbst aus früher Vorgetragenem, und wollen wir hier nur bemerken, daß unsere Praktiker da, wo beschränkende Bestimmungen getroffen sind, von einem *actus minus plenus* zu sprechen pflegen[n]).

3) *Via* est ius eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se continet via[o]). Darnach werden dem Innehaber einer serv. viae nur dieselben Befugnisse zugesprochen, wie dem, welcher einen actus hat, da dieser ja schon, wie erwähnt, regelmäßig auch die Befugnisse, welche im iter enthalten sind, inne hat, nur daß dem Argument der l. 13 de serv. 8, 1[p]) und der l. 23 pr. de S. P. R. 8, 3[q]) zufolge, der Inhaber der via immer die Möglichkeit haben muß, Vieh zu treiben und mit Wagen zu fahren, während Letzterem die eine dieser Befugnisse entzogen sein kann. Das aber begründet eine Unterscheidung, die sich nicht regelmäßig, sondern nur ausnahmsweise zeigt bei besonderer Gestaltung des dienenden Grundstücks oder wenn von den Constituenten hinsichtlich der Beschränkung des actus Verabredungen getroffen sind, und die darum auch schwerlich allein die Bildung verschiedener Institute veranlaßt haben wird. Einen weitern Unterschied giebt **Paulus** in l. 7 de S. P. R. 8, 3 an, wo er sagt:

> Qui viam habent, eundi agendique ius habent; plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedant.

---

n) **Glück**, Commentar Bd. 10 S. 153.

o) Pr. J de serv. 2, 3; l. 1 pr. de S. P. R. 8, 3. Vgl. l. 7 daselbst.

p) *Pomponius.* — Si tam angusti loci demonstratione facta via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque iumentum ea inire possit, iter magis, quam via aut actus acquisitus videbitur; sed si iumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus

q) *Paulus.* — Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest, ut tamen eum latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest; alioquin iter erit, non via.

während er im Anfang der Stelle dem Innehaber eines actus das ius trahendi lapidem aut tignum abgesprochen hat. Aber auch dies ist kein charakteristisches und durchgehendes Unterscheidungsmerkmal, da Paulus nur sagt: die Meisten [plerique] haben es; es kann auch fehlen, wo die Umstände einen entgegengesetzten Willen der Constituenten vermuthen lassen, oder solcher gar ausgesprochen ist. Noch ein Unterschied liegt darin, daß wenn die Breite des Wegs nicht bei der Constituirung festgesetzt ist, nach Gaius Ausspruch in l. 8 de S. P. R. die in den 12 Tafeln für die öffentlichen Wege bestimmte Breite von 8 Fuß „in porrectum“ und von 16 „in anfractum“ eintreten soll[r]). Da aber der actus nach den jedesmaligen Umständen bald schmäler, bald breiter durch richterliches Ermessen festgesetzt werden kann, so kann auch er mitunter auf acht Fuß fixirt werden, und so ist auch dieser Unterschied kein durchgreifender, und da, wo die Parteien selbst die Breite bestimmen, ist er ohnehin nie erkennbar.

Dies ist das Verhältniß der drei Wegeservituten, wie es uns zunächst in den Quellen entgegentritt. Wenn darnach auch die getrennte Ausbildung von iter und actus genügend erklärt wird, so bleibt dagegen die Entstehung der via räthselhaft, da die wenigen Attribute, die sie vor dem actus auszeichnen, so unerheblich sind, und so selten in Betracht kommen werden, daß sie unmöglich in so früher Zeit ein Institut geschaffen haben werden, welches mit solcher Zähigkeit eine selbständige Stellung behaupten, ja oft als das wichtigste sich darstellen konnte. Aeltere Juristen haben sich nun freilich alle erdenkliche Mühe gegeben, den Unterschied so groß wie immer möglich erscheinen zu lassen, und manche haben sich sogar nicht anders helfen zu können vermeint, als daß sie mit kühner Hand gegen das einstimmige Zeugniß aller Handschriften und Ausgaben alle jene Stellen änderten, welche dem Innhaber des actus die Befugniß, zu fahren, zugestehen, und z. B. aus dem „vel vehiculum“ in jenen Legaldefinitionen des actus ein „non etiam vehiculum“ machten; doch fanden sie zur Ehre der Jurisprudenz dafür

r) Vgl. l. 23 pr. de S. P. R. 8, 3.

sehr geringen Beifall. Andere haben mit Aufwand großer Gelehrsamkeit und mit besonderer Eleganz im Geschmack früherer Jahrhunderte zu beweisen gesucht, daß man vermöge eines actus nur mit einer ganz besondern Art von Wagen fahren dürfe, und zwar nach Einigen nur mit Schiebkarren [currus trusatiles], nach Andern nur mit zweiräderigen Ackerwagen [plaustra minora]. Allein auch diese Versuche sind oft und genügend widerlegt [s]), und sie konnten auch manche Eigenthümlichkeiten der via nicht erklären, ja ließen diese wohl noch stärker hervortreten. So blieb es namentlich ein Räthsel, warum die römischen Juristen, wenn sie den Inhalt der via angeben wollen, das durch Zusammenstellung der beiden Verba ire und agere thun [t]), von denen sonst jedes einzeln benutzt wird, um den Inhalt der serv. itineris und der serv. actus anzugeben, wie ferner mitunter sogar die serv. viae durch „iter et actus“ bezeichnet wird [u]), während doch eine bloße Addition der durch diese beiden Servituten verliehenen Befugnisse niemals zur serv. viae zu führen vermag [v]).

Mit Recht ist daher namentlich Puchta in seiner Doctordissertation und später (1823) in einer Abhandlung über die römischen Wegeservituten [w]) zu dem Schlusse gekommen, daß nicht in dem größern oder geringern Umfang der daraus hervorgehenden Befug-

s) Glück Commentar, Bd. 10 S. 155.

t) L. 9 de serv.; l. 7 pr. de S. P. R. 8, 3; l. 6 quemadm. serv. am. 8, 6.

u) L. 13 § 1 de acceptil. 46, 4. Doch ist keineswegs überall, wo diese Zusammenstellung vorkommt, auf eine via zu schließen.

v) Das erkennt auch Ulpian in l. 13 § 1 de accept. 46, 4 an, wenn er sagt: Si tamen via quis stipulatus accepto iter vel actum fecerit, acceptilatio nullius erit momenti; hoc idem est probandum si actus accepto fuerit latus; si autem iter et actus accepto fuerit latus, consequens erit dicere, liberatum eum, qui viam promisit. Wären iter und actus wirklich die beiden Summanden der via, so müßte auch die Acceptilation nur auf einen derselben gerichtet sein können, da dann auch eine Zerlegung der Summe möglich sein müßte, und die via dann nicht zu dem im Anfang jener Stelle Genannten gehören würde, quod divisionem non recipiat, und bei dem daher eine theilweise Acceptilation unmöglich sei.

w) Kleine civilistische Schriften S. 74—131.

nisse der charakteristische Unterschied zwischen den drei Wegeservituten liegen müsse, sondern in einer gänzlich verschiedenen Structur, die den römischen Juristen als so zu Tage liegend erschienen sein müsse, daß sie, so weit die uns erhaltenen Schriften reichen, einen ausdrücklichen Hinweis darauf für überflüssig erachteten. Er stützt sich dabei namentlich darauf, daß nachdem im Anfang des Titels de servitutibus praediorum rusticorum (8, 3) die Servituten iter und actus ebenso definirt sind, wie die via, und darnach der Unterschied zwischen iter und actus doch schon völlig anschaulich geworden ist, doch noch als l. 12 eine Stelle des Modestin aufgenommen ist, die lautet:

> Inter actum et iter nonnulla est differentia. Iter est enim, qua quis pedes vel eques commeare potest; actus vero, ubi et armenta traiicere et vehiculum ducere liceat;

während es nicht nöthig befunden ist, auf den Unterschied von actus und via, der uns viel weniger groß erscheint, besonders hinzuweisen. Indem ich bis so weit Puchta durchaus folge, möchte ich das Charakteristische jeder Servitut doch in etwas Anderm finden, oder wenigstens, da ich ihm in den Hauptsachen beistimme, dasselbe anders formuliren. Während nämlich er auf den Umstand, ob die Servitut einen bestimmten Weg voraussetze oder auf dem ganzen Grundstück geübt werden dürfe, allen Nachdruck legt, möchte ich annehmen, daß, wie schon aus der verschiedenen Bezeichnung der Servituten erkannt werden kann, — *iter* und *actus* nur zu einzelnen bestimmt bezeichneten Handlungen ermächtigen, indem sie das Recht verleihen, dort zu gehen, dort Vieh zu treiben und zu fahren, während dagegen die *serv. viae* dazu berechtigt, eine Straße, und zwar eine Fahrstraße, zu haben und auf dieser zu verfahren, wie man auf solchen zu verfahren pflegt; sie will ein Verhältniß schaffen, welches für den Berechtigten denselben Vortheil gewährt, als ob zu seinem Grundstück eine öffentliche Landstraße, via publica, führe, mit der sie darum auch den gemeinsamen Namen trägt. Der nächste unmittelbare Inhalt ist also das Recht auf die Straße, erst eine weitere Consequenz dieses Rechts ist es, dort gehen, fahren u. s. w. zu können. Dies scheint mir aus folgenden Betrachtungen hervorzugehen:

Iter und actus sind manchen Anzeichen nach die ältern Institute; sie genügten, um den einfachen Bedürfnissen des Ackerbaus Abhülfe zu gewähren, und andere Bedürfnisse kannte man ja noch nicht, so lange die gefahrvollen Zustände der ältern Zeit die Bürger in den Städten vereinigten und ein eigentliches Landleben unmöglich machten. Für den Inhalt des iter und actus waren bestimmte technische Bezeichnung (ire et ambulare — agere) üblich geworden; wäre die via gleich alt, würde auch sie ein entsprechendes Verbum haben, da sie aber später entstand, übertrug man jene Ausdrücke auch auf sie, um damit anzudeuten, daß man vermöge einer via zu alle den einzelnen Handlungen berechtigt sei, zu welchen man sonst durch einzelne ausdrücklich hierauf gerichtete Servituten ermächtigt ward. Durch die Addition ire agere ambulare sollte das Universelle dieser Servitut angedeutet werden, ohne daß jedoch jene Worte auch den ganzen Inhalt derselben in sich aufzunehmen vermochten; denn für die übrigen Elemente der via hatten sich noch keine technische Bezeichnungen gebildet.

Wenn wir nun aber auch die Entstehung der via in spätere Zeit, wie die von iter und actus setzen, so wollen wir doch keineswegs darin so weit gehen, wie Puchta, der derselben eine zu große Jugend vindiciren möchte, wenn er den Umstand, daß bei Cicero und andern Schriftstellern seiner Zeit die via als Servitut nicht erwähnt wird, so wie den, daß in dem prätorischen Edict über das interdictum de itinere actuque privato die Anwendbarkeit desselben auf die via erst durch eine spätere leicht erkennbare Interpolation ermöglicht ist[x]), zum Beweise der spätern Entstehung benutzen will, da es, wenn die via erst nach Ciceros Zeit zur Geltung gelangt wäre, nachdem also schon manche andere Servituten dem Recht bekannt geworden waren, unwahrscheinlich wäre, daß ihr noch der Charakter einer res mancipi ertheilt wäre [vgl. die Ausführungen im §. 1. S. 13 ff.]; vielmehr weißt dieser darauf hin, daß die Anfänge der via auch in verhältnißmäßig alte Zeiten zurückreichen. Jenes Schweigen von Cicero kann ich daher nur als ein zufälliges an-

---

x) L. 1 de itinere actuque privato 43, 19: Praetor ait: *Quo itinere, actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi etc.*

erkennen, und daß der Prätor erst später das interdictum de itinere actuque auf die via anwendbar machte, kann davon kommen, daß für die via Anfangs das Bedürfniß nicht so hervortrat, oder daß sie vielleicht seither ihr eigenes Interdict gehabt hatte. Ein Bedürfniß für Ausbildung der via mochte alsbald entstehen, als man anfing, nicht blos mehr der Landwirthschaft wegen außerhalb der Städte zu weilen, sondern dort dauernde Häuser zu erbauen und mit allem städtischen Luxus dahin auszuwandern. Jetzt konnte es nicht mehr genügen, daß man für einzelne bestimmte Handlungen berechtigt wurde; das hätte zu ewigen Ungewißheiten und Streitigkeiten geführt. Die Erfordernisse, welche man zu den neu entstehenden Villen hinschaffen mußte, waren so mannigfaltig geworden, man mußte Baumaterialien hintransportiren, und solche ließen sich oft vielleicht nicht auf Wagen, sondern nur durch Wälzen hinbringen, oft mochten sie hoch in die Luft ragen[y]), und so konnten Handlungen nöthig werden, welche bei dem rein landwirthschaftlichen Charakter des iter und actus auf Grund derselben nicht gestattet zu werden brauchten. Dazu kam, daß die Benutzung der Wegegerechtigkeit, die früher vielleicht ein seltener Act gewesen war, jetzt, wo man auf dem herrschenden Grundstück wohnte, ungleich häufiger wurde, daß man nicht mehr allein für sich und seine Familie, sondern für alle, die in Geschäften oder besuchsweise dahin kamen, eines Wegs bedurfte, und daß man daher diesen bequemer, dauerhafter und auch wohl eleganter wird haben einrichten wollen, als wie man das, wenn man nur ein serv. itineris oder actus hatte, gegen den Willen des Eigenthümers thun durfte.

Puchta will, wie erwähnt, die charakteristische Eigenthümlichkeit des iter und actus darin finden, daß kein bestimmter Weg vorge-

---

y) Daß die Berechtigung zu allen solchen Handlungen in einer serv. viae enthalten sein konnte, deutet Paulus an, wenn er in l. 7. de S. P. R. 8, 3 beispielsweise die Frage behandelt, ob der Inhaber einer via ein ius trahendi et rectam hastam referendi habe, beides Handlungen, die man auf einer via publica wird vornehmen können. Sie sind aber hier nur beispielsweise besprochen, und es sind nicht besondere charakteristische Attribute der serv. viae, wie man häufig angenommen und wofür man daher vergebens nach Gründen gesucht hat.

schrieben zu sein brauchte und der Berechtigte dann über jeden Theil des Grundstücks gehen und fahren konnte; ja dies soll der ursprüngliche und regelmäßige Fall gewesen sein, von dem Anfangs nur abgewichen wurde, wenn factische Gründe es unmöglich machten, anders als auf einem bestimmten Wege zu gehen und zu fahren, bis später auch dem Parteiwillen die Befugniß, den Weg zu fixiren, eingeräumt sei. Allein ich glaube, daß die von Puchta dafür angeführten Umstände dies nicht zu beweisen vermögen; denn daß keine gesetzliche Breite für iter und actus festgesetzt ist, wie das für die via geschehen ist, sondern daß dem richterlichen Ermessen die Festsetzung überlassen ist, rührt daher, weil dort schon die Natur der gestatteten Handlung einen genügenden Anhaltspunkt für Ermittelung des Willens der Constituenten hinsichtlich der Breite zu geben vermochte, während da, wo das Recht allgemein auf eine Straße ging, auf der so verschiedenartige Handlungen vorgenommen werden konnten, eine viel größere Unsicherheit über den wahrscheinlichen Willen herrschen mußte. Mit Recht nahm aber hier die Jurisprudenz an [und nicht etwa ein Act der Gesetzgebung, so daß von einer gesetzlichen Breite der Privatwege eigentlich in Rom keine Rede sein konnte], daß die Parteien wahrscheinlich die Breite beabsichtigten, welche die öffentliche Straße schon nach einem Zwölftafelgesetze wenigstens haben mußte, indem ja die serv. viae dahin zielte, eine der via publica ähnliche Straße zu schaffen; so entstand auch hier der Satz, viae latitudo in porrectum octo pedes habet, in anfractum, idest, ubi flexum est, sedecim[z]).

---

z) L. 8 de S. P. R. 8, 3. Bekanntlich ist es nicht unbestritten, wie das anfractum zu verstehen sei. Früher verstand man darunter allgemein jede Beugung der Straße; weshalb aber diese sofort doppelte Breite haben sollte, blieb unklar, und so stellte Hugo [Geschichte des R. R. § 85] die Meinung auf, daß darunter eine völlige Umbeugung am Ende des Wegs zu verstehen sei, wo eine größere Breite nöthig war, um das Fuhrwerk umdrehen zu können. Doch ist dagegen schon mit Grund geltend gemacht worden, wie dazu bei den unbehülflichen Wagen der ältern Zeit 16 Fuß nicht hinreichten, und wie bei der Einrichtung der öffentlichen Wege, auf die sich doch jener 12 Tafel-Satz bezog, eine solche Sackgasse selten oder nie vorgekommen sein wird. Mehr zu empfehlen scheint mir Puchta's Erklärung (a. a. O. S. 90), wonach die

Auch die andern Gründe Puchta's, welche er dafür anführt, daß iter und actus regelmäßig nicht fixirt waren, sind meistens schon durch frühere Darstellungen widerlegt, oder die Unhaltbarkeit derselben liegt auf der Hand, wie wenn er von dem Grundsatz ausgehend, daß sich die ganze Theorie der Wegeservituten an diesen alten nicht fixirten Formen entwickelt habe, dahin gelangt, daß nur durch sie der Satz habe entstehen können, servitutes praediorum rusticorum tales sunt, ut non habeant certam continuamque possessionem, da ja, wenn eine feste Straße gleich Anfangs da gewesen sei, man doch hätte annehmen können, daß das Recht auf eine Straße fortwährend geübt werde, so lange die Straße vorhanden sei, während man das Gegentheil ausspreche, angeblich weil ein fortwährendes ire und agere unmöglich sei, — wenn er deßhalb weiter annimmt, daß bei einer festen Straße die Ausbildung besonderer Interdicte zum Schutz in der Ausübung der Wegeservituten unnöthig gewesen sei, da das iterdictum uti possidetis bei der Continuität des Besitzes genügt habe u. s. w. Er übersieht, daß auch an der via kein ausschließlicher fortwährender Besitz möglich ist, da ja der Wegeberechtigte dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Benutzung nicht untersagen kann, wenn die eigne Benutzung zum Zweck der Servitutübung dadurch nicht beeinträchtigt wird, und daß darum die Detention des Wegs jedesmal aufhört, sobald die Benutzung aufhört, so daß der Grund, man kann nicht fortwährend

---

Breite von 16 Fuß da statthaben soll, wo ein Weg im Winkel auf den andern trifft, wie das bei den sich rechtwinklich schneidenden limites ja fortwährend der Fall war. Wären die Straßen an den Schneidepunkten nicht weiter, wie acht Fuß gewesen, so wäre das Einbiegen in einen Seitenweg sehr schwierig gewesen, und deßhalb war eine derartige Maßregel nöthig, wie wir sie noch heutigen Tags auf jeder Landstraße eingehalten finden. Puchta (a. a. O. S. 126) kann sich freilich dann den Umstand, daß die Quellen die größere Breite des amfractus auch mit Rücksicht auf die servitus viae aussprechen, nur so erklären, daß die Juristen an die Möglichkeit einer Kreuzung zweier Privatwege desselben Berechtigten auf demselben Grundstück gedacht haben; allein er übersieht meines Erachtens dabei, daß auch da, wo der Privatweg von dem öffentlichen abbiegt, eine größere Breite nöthig war, und daher hier der amfractus liegen konnte.

gehen und fahren, auch da, wo ein bestimmter Weg vorhanden ist, die Discontinuität des Besitzes beweisen kann.

Daß aber beim iter und actus die Festsetzung eines bestimmten Wegs keineswegs eine Nothwendigkeit ist, sondern daß sie von Anfang an, wie noch im justinianeischen Recht [aa]), so konstituirt werden konnten, daß der Berechtigte gehen durfte, wo er wollte, scheint auch uns keinem Zweifel zu unterliegen, und behaupten wir nur, daß sie auch von Anfang an unter Umständen auf einem bestimmten Wege ausgeübt werden konnten, wie das für das Recht der klassischen Zeit in einer Reihe von Stellen vorausgesetzt wird [bb]). Sie waren nothwendig nur auf das ire oder agere gerichtet; in welcher Weise dies geschehen mußte, das war jedesmal festzusetzen, und die Umstände ließen meistens schon erkennen, was da die Absicht der Constituenten war. Sollte das iter von einem bestimmten einzelnen Punkt zu einem andern Punkt führen, so wird so gewiß von Anfang an ein bestimmter Weg in Absicht gewesen sein, als nur eine grade Linie zwischen beiden möglich ist, und jedes willkürliche Abweichen von derselben eine Verlängerung des Wegs und also eine unnütze Belastung des Grundstücks gewesen wäre. Sollte dagegen z. B. von einer Wiese über eine andere Heu abgefahren werden, so konnte es grade von Vortheil für die letztere sein, wenn jedes Mal eine andere Stelle zur Ueberfahrt gewählt wurde, da der einmalige Druck durch den Wagen der Graßnarbe noch nicht schadete, ein mehrmaliger auf derselben Stelle ausgeübter aber sie zu vernichten vermochte. Hier konnte also um des dienenden Grundstücks willen ein Wechsel des Wegs beabsichtigt sein. Die Frage, ob der actus oder iter fixirt sei oder nicht, erschien immer als eine Nebenfrage.

Anders verhielt es sich dagegen bei der via, indem es hier stets

---

aa) L. 13 § 1 de S. P. R. 8, 3.

bb) L. 13 § 1 und § 2, l. 26, l. 28 de S. P. R. 8, 3; l. 11 pr. de aq. et aq. pl. arc. 39, 3 u. a. m. O. Dafür spricht auch, daß das prätorische Edict nach l. 2 § 31 und 35 ne quid in loco publ. 43, 8 neben der via publica von einem iter publicum sprach, der doch wohl immer ein fixirter war, wie ferner die § 1 S. 4 abgedruckte Stelle aus *Siculus Flaccus* de cond. agror.

wesentlich war, daß eine bestimmte Straße vorhanden sei, und deßhalb wurden auch da, wo bei der Servitutbestellung die nähere Angabe der Richtung unterlassen war, in welcher die Straße zu führen sei (vgl. § 25 S. 207 ff.), mit dem Moment, wo der Berechtigte eine bestimmte Straße eingeschlagen hatte, alle andern Theile des Grundstücks von der Servitutenlast frei [cc]), während nirgends gesagt wird, daß bei einem so allgemein constituirten iter oder actus schon durch das ire oder agere in einer bestimmten Richtung die übrigen Theile des Grundstücks befreit werden; vielmehr ausdrücklich bestimmt wird, der Eigenthümer dürfe auf dem ganzen Grundstück nichts vornehmen, was die Ausübung des iter und actus verhindere, bis er nicht, wie ihm das Billigkeitshalber da zugestanden wird, wo nicht ausdrücklich die Ausdehnung der Servitut auf den ganzen Acker ausgesprochen ist, durch einen Schiedsrichterspruch dem Servitutberechtigten einen bestimmten Weg habe anweisen lassen [dd]). Hier bedarf es also einer richterlichen Determination, um den Weg zu fixiren, und die Ausübung erzeugt noch kein Präjudiz, da es mit dem Wesen von iter und actus durchaus vereinbar ist, daß er auf dem ganzen Grundstück ruht, während das bei der via nicht der Fall ist, so daß sie nur da ausgeübt werden kann, wo eine bestimmte Straße vorliegt, und wer sie ausübt, daher damit spätestens eine Straße wählt.

Mag nun eine bestimmte Richtung für den Weg vorgeschrieben sein oder nicht, so ist doch sowohl beim actus, wie beim iter der Berechtigte ermächtigt, die Vorrichtungen anzubringen, welche für die Ausübung nothwendig sind, und er kann daher auch in beiden Fällen, wenn er nicht anders durchkommen kann, eine künstliche Straße bauen, oder auch, um den Aufgang zu einem Hause zu erlangen, wohin der Weg führen soll, Stufen u. s. w. anlegen [ee]). Nur darf er immer nicht mehr thun, als wie zu einer gehörigen Ausübung der ihm gestatteten Handlung durchaus erforderlich ist. Bei der via wird, wenn es auch nirgends ausdrücklich gesagt wird, ihm

---

cc) L. 9 de serv. 8, 1.
dd) L. 13 § 1 de S. P. R. 8, 3.
ee) L. 20 § 1 de S. P. U. 8, 2.

wohl schon ein weiterer Spielraum nachgegeben werden müssen, indem sein Recht ja zunächst auf das Haben einer Straße geht, und ihm daher auch Alles gestattet sein muß, was man in jener Gegend und in jenen Verhältnissen gewöhnlich zur Herrichtung einer ordentlichen Straße einzurichten pflegt, selbst wenn die einzelnen Benutzungshandlungen auch ohne solche Einrichtungen möglich wären, und dadurch kann es geschehen, daß der Innehaber einer via der bloßen Ausschmückung wegen oder zu ähnlichen Zwecken manche Handlungen vornehmen darf, wenn solche herkömmlich sein sollten. — Vermöge der Wegegerechtigkeiten ist man auch berechtigt, die zur Wegebesserung nöthigen Materialien auf dem Wege zuzuführen, ja mitunter erscheint es als eins der adminicula jener [s. § 25 S. 214 ff.], daß man auch über andere Theile des dienenden Grundstücks die Materialien anfahren oder daß man sie auch von dem Grundstück selbst entnehmen darf[ff]).

Einzelne Male wird außer den besprochenen drei Wegeservituten noch der *aditus* als das Recht auf einen Zugang erwähnt; meistens[gg]) dann, wenn eine andere Servitut, ususfructus oder haustus, zergliedert und die Bemerkung gemacht wird, daß man kraft dieser auch Anspruch auf einen Weg habe, so daß der aditus da nicht als eine selbständige Servitut mit eigenem technischen Namen, sondern nur als eine kürzere Bezeichnung des aus einem andern Titel entstandenen ius adeundi sich darstellt. In l. 5 de sep. violat. 47, 12[hh]) scheint der aditus dagegen neben dem iter als eigene Servitut genannt zu werden und ebenso der *ambitus*, wie auch *Hyginus* [de gen. controv. Schriften der röm. Feldmesser S. 134, 7] sagt: De via, et actu et itinere et *ambitu* et *accessu* et rivis . . . saepe moventur contentiones, und so ambitus und accessus als besondere Formen der Wegegerechtigkeiten in gleicher Linie mit via, iter und actus zu setzen

---

ff) L. 4, l. 5 pr. und § 1 de itinere 43, 19.

gg) L. 1 § 1 si ususfr. petat. 7, 6; l. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 11 § 1 comm. praed. 8, 4.

hh) *Pomponius.* — .... legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulcra, quae in fundis sunt, iter iis, aditus, ambitus funeri faciendi sit.

scheint. Allein man kann wohl annehmen, daß hier eine pleonastische Ausdrucksweise vorliegt; die Bezeichnungen via, iter, actus charakterisiren die Servitut nach ihrer rechtlichen Natur, ihrem Umfange und Inhalte nach; durch die Bezeichnungen aditus, accessus, ambitus wird dann der Zweck der einzelnen Bildung angegeben, und zwar durch die beiden erstern dahin, daß die via, der actus oder das iter nur dazu diene, überhaupt einen Zugang zu schaffen, durch ambitus aber dahin, daß sie die Möglichkeit gewähren, um ein Gebäude herum zu gehen[ii]). Außerdem wird der ambitus aber noch in zwei gleichlautenden Stellen der Agrimensoren dem actus und iter gleichsam als dritte Servitut statt der via entgegen gesetzt; indem es bei *Frontinus* de controv. agrorum [röm. Feldmesser S. 58, 19] und bei *Aggenus Urbicus* de controv. agror. [daselbst S. 89, 21] heißt: Nam quae sit conditio itinerum non exigua iuris tractatio est; agitur enim utrumne actus sit an iter an ambitus. Eine genügende Erklärung dieser Erscheinung wissen wir nicht zu geben.

§ 43.

Die Wasserleitungs- und die Wasserschöpfungsservitut.

In der *servitus aquaeductus*, welche Ulpian und Justinian definiren als das ius aquae ducendae per fundum alienum[a]), läßt sich ein doppeltes Element unterscheiden; in Folge des einen, welches immer vorhanden ist, verleiht sie die Befugniß, einen Raum des

---

ii) Isidorus de agris [Schriften der röm. Feldmesser S. 370, 27]. Bekanntlich mußte nach den zwölf Tafeln und nach spätern Gesetzen jedes Gebäude einen bestimmten Abstand von der Grenze einhalten, und hatte daher einen ambitus auf eigenem Grund und Boden; allein diese Gesetze waren zeitweilig ganz außer Uebung gewesen, wie schon das Vorhandensein der meisten städtischen Servituten beweist [s. § 45], und so konnte es bei den unmittelbar an der Grenze erbauten Häusern von Interesse sein, einen ambitus auf fremden Grund und Boden zu haben, was denn durch die serv. ambitus erreicht wurde. Diese gehört daher als solche schon den auf städtischen Grundstücken entstandenen Servituten an, wie auch der aditus häufiger als das Recht, zu Gebäuden hinzugehen, erscheinen mag.

a) L. 1 pr. de S. P. R. 8, 3; pr J. de serv. II, 3.

dienenden Grundstücks für die Leitung von Wasser, also zum Transport einer bestimmten Sache, zu benutzen, und lehnt sich daher insofern eng an die Wegeservituten an, die ja auch den Transport von Menschen oder Sachen über fremden Grund und Boden ermöglichen sollen, nur daß die besondere Natur des Wassers eigenthümlicher Vorkehrungen und einer eigenen Verfahrungsweise bedarf. Auf diese nahe Verwandtschaft von Wege- und Wasserleitungsservituten weißt auch die Bezeichnung hin, welche der letztern mitunter in den Quellen gegeben wird, nämlich als *iter aquae*[b]); wo dieser Ausdruck gebraucht wird, darf man auch wohl vermuthen, daß die Servitut in dem betreffenden Falle nur jenes eine Element, das Recht auf einen Raum zum Leiten, nicht auch das andere, das Recht zur Occupation des fremden, auf dem dienenden Grundstück befindlichen Wassers enthalten habe. Denn letzteres ist keineswegs ein immer vorhandenes Attribut der Wasserleitungsservitut, vielmehr genügt ihr das erstere Element, wenn das Wasser von einem entferntern eigenen Grundstück des Servitutberechtigten hergeleitet werden soll[c]), oder aus einem öffentlichen Gewässer, aus dem die Leitung gestattet ist [vgl. § 30 S. 280], ja strenge genommen selbst dann, wenn das Wasser aus einem flumen privatum entnommen wird. Denn da es hier noch den Charakter als aqua profluens hat und als solches den res communes omnium angehört, die von jedem, der die factische Gewalt dazu hat, occupirt werden können[d]), so genügt es dem, der es ableiten will, wenn ihm hierzu der nöthige Raum gewährt wird; ein Recht auf das Wasser selbst vermag der Eigenthümer des flumen privatum nicht zu geben, weil es ihm, so lange er es nicht in einen Teich u. s. w. gefaßt und damit occupirt

---

b) L. 15, l. 21 de S. P. R. 8, 3; l. 16 quemadm. serv. am. 8, 6; l. 19 § 4 comm. divid. 10, 3; l. 8 de aq. quot. et aest. 43, 20 u. a. a. O.

c) Erwirbt der Servitutberechtigte das Grundstück, auf welchem sich das Wasser befindet, erst nach der Servitutbestellung, so wird in der Servitut fortwährend auch noch das Recht auf Wasserbezug enthalten sein, da in Folge der Einheit der Servitut gegenüber den mehreren Grundstücken [vgl. § 9 S. 85 ff.] der neu erworbene eigene Grund und Boden Theil des fundus serviens bleibt, und die Servitut als Ganzes ihren frühern Inhalt behalten muß.

d) L. 2 § 1 de divis rer. 1, 8.

hat, gar nicht gehört, und weil er, wenn er Nichtservitutberechtigten die Ableitung und Benützung des Wassers, so lange es auf seinem Grundstück ist, untersagt, dies nur vermöge seines Rechts an dem Grund und Boden thun kann, kraft dessen er keine Berührung desselben oder der darauf befindlichen Luftsäule zu dulden braucht[e]).

Also nur da, wo das Wasser aus einem im Privateigenthum befindlichen stehenden Gewässer abgeleitet werden soll, oder unmittelbar aus der Quelle, ehe sie zur aqua profluens geworden ist[f]), ist in der Wasserleitungsservitut die Befugniß enthalten, einen dem herrschenden Grundstück fehlenden Stoff aus dem natürlichen Vorrath des dienenden zu entnehmen. Durch dieses Element, und das wird ihr von Anfang an häufig eigen gewesen sein, unterscheidet sie sich nicht nur wesentlich von den Wegeservituten, sondern damit hat sie auch auf dem Gebiete der Servitutenbildung den ersten Keim zu einer reichen Entwicklung gelegt, indem sie dem Berechtigten nicht nur eine vorübergehende Benutzung der fremden Sache gestattet, sondern ihn ermächtigt, Theile derselben ganz und gar in Anspruch zu nehmen und für seine Zwecke völlig zu verbrauchen. Sie ist die erste Servitut, die einen Rechtstitel geschaffen hat, um fremdes Eigenthum zu erwerben, worin sie später zahlreiche Nachfolger erhalten hat.

Schon in frühern Abschnitten dieses Werks haben wir die Wasserleitungsservitut mehrfach zum Gegenstand näherer Untersuchungen machen müssen; wir haben zur Geschichte derselben eine frühe Entstehung wahrscheinlich zu machen gesucht [§ 1 S. 9 ff.]; wir haben gesehen, wie bei Errichtung einer solchen Servitut an Gewässern, an denen schon Andere Servituten haben, singulärer Weise ganz allgemein und ohne Rücksicht darauf, ob die schon bestehenden Servituten durch die neuen beeinträchtigt werden können, Zustimmung der ältern Servitutberechtigten eingeholt werden soll

---

e) Vgl. Chr. Fr. Elvers, das Recht des Wasserlaufs § 3, in der Themis. Neue Folge Bd. 1 S. 424.

f) Nur auf dieses kann allgemein der Ausspruch Ulpians in l. 11 pr. quod vi aut clam 43, 24 angewandt werden: Portio enim agri videtur qu a viva.

[§ 7 S. 72]; wir haben mit dem hohen Alter dieser Bildung die eigenthümlich strengen Vorschriften in Verbindung gebracht, die noch im spätern römischen Recht hinsichtlich der perpetua causa für die Wasserleitungsservitut bestanden, indem sie nur da constituirt werden sollte, wo aqua perennis vorhanden war, und früher selbst dann nicht, wenn dieses durch Schöpfräder erst in die Leitung gebracht werden mußte [§ 17, S. 161 ff. und S. 158 Anm. m]; wir sahen ferner, wie sie überhaupt im Vergleich zu andern Servituten einen mehr starren Charakter hatte, welcher der Willkühr der Constituenten geringern Spielraum zuließ, so daß es z. B. unter den römischen Juristen in Frage kam, ob sie auch so bestellt werden könne, daß das Wasser, welches geleitet werden soll, erst auf dem dienenden Grundstück von dem Berechtigten gesucht werden solle [§ 17 S. 165], und wie endlich darum auch der Prätor Gelegenheit hatte, Erweiterungen des Inhalts der Servitut den Weg zu bahnen, während er dies sonst überall nicht nöthig hatte, da schon das Civilrecht die freiste Entwicklung gestattete [§ 29 S. 264].

Beiläufig erwähnten wir schon einer andern Vorschrift für die Wasserleitungsservitut [§ 17 S. 163 Anm. l], die wir jedoch noch einer nähern Besprechung unterziehen müssen. Paulus sagt in l. 9 de S. P. R. 8, 3, in einer aus dem liber sententiarum entnommenen Stelle:

> Servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest; hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.

Aehnlich sagt Ulpian in l. 1 § 7 de aqua quot. 43, 20, daß die Interdicte de aqua quotidiana und de fonte nur da zulässig seien, wo das Wasser ex capite geleitet sei, „harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest“. Im § 8 bestimmt er dann den Begriff des caput aquae, indem er sagt, „illud est unde aqua nascitur; si ex fonte nascatur, ipse fons, si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum, quibus aquae ex flumine vel ex lacu in primum rivum communem pelli solent. Plane si aqua sudoribus manando in aliquem primum locum effluere atque ibi apparere incipit, eius hoc caput dicemus, ubi primum emergit“.

Aus dieser Erklärung ersehen wir, daß während Paulus zwei Begriffe fons und caput anzunehmen scheint, Ulpian sie in den einen, caput, zusammenfaßt, von dem er ausdrücklich sagt, daß darunter auch der fons falle, und ferner, daß die obigen civilrechtlichen Regeln noch nicht verletzt sind, wenn man z. B. aus einem Bache, auch wenn dieser erst durch Kunst entstanden wäre, fern von seiner Quelle eine Wasserleitungsservitut bestellt, indem ja Ulpian die Möglichkeit einer solchen aus einem flumen, und also auch aus einem flumen privatum voraussetzt, ferner nicht, wenn auf natürlichem oder künstlichem Wege ein immerwährend mit Wasser gefüllter und mit einem perennirenden Zufluß versehenes Reservoir gebildet ist, und daraus die Leitung geschehen soll, denn ein solches Behältniß fällt unter den Begriff von lacus[g]), und Ulpian setzt wiederum voraus, daß auch an solchem trotz jenen Regeln die Servitut civilrechtlich möglich sei[h]). Es bleibt daher für Anwendung der Regel nur der Fall, wo man die Leitung nicht unmittelbar bei dem ständig fließenden Bache oder dem ständig gefüllten Teiche beginnen lassen wollte, sondern bei einer fossa, oder einem rivus, der nicht in jener Weise die Natur eines flumen oder lacus hat, sondern erst in Folge besonderer nicht immer wirkender Vorrichtungen aus einem entfernter gelegenen flumen oder lacus gefüllt wird. Gewährte die Servitut hier nicht die Befugniß, selbst bis an den See oder Fluß zu gehen und das Wasser einzulassen, sondern mußte der Berechtigte abwarten, bis sich die Kanäle, die das Wasser an den Punkt führten, wo sein Recht begann, durch die Thätigkeit Anderer oder durch Naturereignisse gefüllt hatten, so fehlte ihr die causa

g) L. 1 § 3. Ut in flum. publ. navigo liceat 43, 14: Lacus est, quod perpetuam habet aquam. Vgl. Varro de ling. Lat. V § 26.

h) Dies hat man meisten Theils verkannt, indem man die Wasserleitung nach Civilrecht immer nur bei der Quelle eines Bachs u. s. w. beginnen lassen wollte, und für eine solche Bestimmung des ältern Rechts vergeblich nach einem genügenden Grunde suchte; auch wir haben uns oben § 17 S. 163 Anm. 1 zu einer beiläufigen Bemerkung zu dieser Annahme verleiten lassen und glaubten darum in dem besprochenen Satz eine Verwandtschaft mit einigen für die öffentlichen Wasserleitungen gegebenen Regeln zu finden, und darauf bezogen sich die Hindeutungen in § 1 S. 10, die wir hiermit zurücknehmen.

perpetua in jener strengen der Wasserleitungsservitut eigenen Auffassung, indem es dann immer erst von Verhältnissen, die außer der Macht des Servitutberechtigten lagen, abhing, ob seine Servitut nutzbar werde oder nicht, und so war es nur eine consequente Anwendung der auch sonst geltenden Regeln, wenn das Recht verlangte, daß die Servitut bis zum caput aquae gehen müsse. Auch der Prätor erkannte die Billigkeit dieses Satzes an, indem er die Einhaltung desselben als eine Bedingung der zum Schutz von Wasserleitungen gegebenen Interdicte machte, und es erscheint als eine Anomalie, gegenüber den sonst für diese Servitut geltenden Grundsätzen, wenn jene Regel, wie Paulus bezeugt, zu seiner Zeit wirklich nicht mehr strenge eingehalten worden ist. Möglich möchte es aber auch sein, daß Paulus hier selbst in einem Irrthum über den wahren Sinn der alt überlieferten und von ihm unverändert wiedergegebenen Regel ist, die uns erst durch Ulpians Commentar völlig verständlich wird; auch er mochte glauben, die Regel wolle, daß überall von der Quelle die Leitung beginne, und da er nun täglich sah, wie dies nicht beobachtet wurde, machte er jenen Zusatz.

Was sodann den Inhalt einer gültig constituirten Wasserleitungsservitut betrifft, so entscheidet sich dieser natürlich wieder zunächst nach den von den Constituenten getroffenen Anordnungen[i]). Wo diese nichts über die Einrichtungen bestimmen, welche für die Leitung erforderlich sind, da darf der Berechtigte das Wasser nicht „per lapidem" führen, worunter wohl eine förmliche gemauerte Wasserleitung verstanden wird, indem dieses ungewöhnlich sei, wohl aber durch Röhren [fistulae], die häufiger seien [quae fere in consuetudine esse solent][k]). Als selbstverständlich wird dabei vermuthlich vorausgesetzt, daß die Leitung auch durch einen gewöhnlichen offenen Erdgraben [fossa, rivus] geschehen darf, welches die ursprünglichste und bei landwirthschaftlichen Leitungen am meisten übliche Weise gewesen sein wird.

Die große Wichtigkeit und der dadurch bedingte hohe Werth,

---

i) L. 12 C. de serv. 3, 34. Non modus praediorum, sed servitus aquae ducendae terminum facit.

k) L. 17 § 1 de aq. et aq pl. 39, 3.

welchen alles Wasser für den römischen Landbau hatte, führte zu einer sorgfältigen Benutzung und einer möglichst großen Vertheilung des vorhandenen Wassers auf möglichst viele Felder. So ward denn auch bei Bestellung einer serv. aquaeductus sehr häufig nicht ein Anrecht auf alles in einer Quelle oder einem Bache vorhandene Wasser verliehen, sondern nur auf eine bestimmte Quote desselben, und demgemäß wurden denn auch an einem und demselben Wasser mehrere Servituten bestellt. Dann konnte entweder jeder der Berechtigten eine ganz verschiedene Leitung haben, die unmittelbar ex capite aquae begann, oder das Wasser konnte Anfangs durch ein und denselben Graben geleitet werden, von dem aus es dann durch besondere Leitungen auf jedes einzelne Grundstück geführt wurde [l]). In letzterm Falle werden die mehreren Berechtigten, da sie einen gemeinsamen rivus haben, als *rivales* bezeichnet [m]), woraus man aber nicht folgern darf, daß sie in einem communionsartigen Verhältniß zu einander stehen, vielmehr ist das Recht eines Jeden ein völlig selbständiges, abgeschlossenes Recht, welches als Ganzes bis unmittelbar an das caput aquae geht, und ohne Rücksicht auf die Rechte der andern Servitutinnehaber zu beurtheilen ist, so daß, wie Proculus in l. 16 quemadm. serv. amitt. 8, 6 sagt, wenn einer der mehreren Rivalen die Verjährungszeit hindurch kein Wasser leitet, sein Recht verloren geht, trotzdem, daß die andern den rivus benutzt haben, und zwar auch ohne daß diese andern aus dem Heimfall seines Wasserantheils Vortheil ziehen dürfen, da dieser jetzt dem Eigenthümer zufällt. Wenn ferner einer der Rivalen die gemeinschaftliche Leitung ohne Auftrag der andern ausbessert, so bessert er zunächst nur die für seine eigene Servitut nöthigen Vorrichtungen aus, und darum hat er bloß deßhalb, weil auch den andern diese Handlung zu Gute kommt, noch keinen Titel, um einen Beitrag zu den Kosten von diesen erlangen zu können [n]). Nur da, wo die mehreren Wasserberechtigten, mögen sie Rivalen sein oder nicht, sich

---

l) L. 16 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 1 § 26, l. 4 de aq. quot. 43, 20; l. 3 § 3 de rivis 43, 21.

m) L. 1 § 26, l 3 § 5 de aq quot. 43, 20.

n) Arg. leg. 19 § 2 com. div. 10, 3.

nicht gütlich über die Art und Weise der Vertheilung einigen können, ist aus Nützlichkeitsgründen ein iudicium communi dividundo utile für zulässig erklärt [vgl. § 7 S. 73 und 74].

Die Vertheilung pflegte entweder so zu geschehen, daß jeder nur eine bestimmte Zeit hindurch das Wasser ableitete, aber es dann auch ganz für sich benutzte [temporibus secerni] oder so, daß jeder fortwährend nur eine Quote des Wassers ableitete [mensuris dividi][o]). Als Beispiele jener Theilungsart erwähnen die Quellen Fälle, wo der eine im Sommer, der andere im Winter leitet[p]), oder der eine bei Tage, der andere bei Nacht [diurna aqua — nocturna aqua][q]), oder jeder einen bestimmten Tag hat, an dem ihm das Wasser gehört[r]), oder gar stundenweise gewechselt wird[s]). Wie die Theilung nach Maaßen bewerkstelligt zu werden pflegte, darüber sagen uns die juristischen Quellen nichts Näheres; dagegen theilt uns Frontinus in seinem Buch über die Aquäducte der Stadt Rom ein sehr detaillirtes System mit, welches bei Vertheilung des Wassers der öffentlichen Wasserleitungen angewendet wurde, und das auch bei Privatwasserleitungen benutzt sein mag. Darnach ward den Röhren, welche in das gemeinsame Behältniß eingesetzt wurden, um daraus die Einzelleitung zu speisen, eine bestimmte mathematische Größe gegeben, und sie ferner so angebracht, daß auf alle ein gleicher Wasserdruck ruhte, wodurch dann erreicht wurde, daß durch jede nur so viel abfließen konnte, als dem betreffenden Berechtigten zukam. Hinsichtlich der Einzelheiten müssen wir auf *Frontinus* de aquaed. c. 23—64, c. 112 und c. 113 verweisen.

In der Wasserleitungsservitut ist in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Servitutenrechts auch die Befugniß enthalten, die Wasserleitung gehörig in Stand zu erhalten, und wird in dieser Beziehung im Einzelnen noch von Pomponius in l. 11

o) L. 19 § 4 com. div. 10, 3; l. 5 de aq. quot. 43, 20.

p) L. 5 pr. de aq. quot. 43, 20.

q) L. 10 § 1 quemadm. serv. am. 8, 6; l. 17 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

r) L. 16 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

s) L. 10 § 1 daselbst; l. 5 § 1 de aq. quot. 43, 20.

comm. praed. 8, 4 bestimmt, daß wenn nichts anders bei der Errichtung der Servitut festgesetzt sei, der Servitutinnehaber auf dem nächsten Wege und mit den nöthigen Arbeitern zu der Wasserleitung hingehen dürfe, um sie zu repariren, daß er das Material dazu heranführen, so wie an den Seiten der Leitung lagern dürfe; ferner könne er den Kanal erhöhen oder erniedrigen, wenn solches erforderlich sei. Darnach sind also Wegeservituten, wenn auch in beschränkter Weise, ein gewöhnliches adminiculum der Wasserleitungsservitut. Daß der Servitutberechtigte, wenn der Eigenthümer es verlangt, die cautio de damno infecto stellen muß, ehe er erzwingen kann, daß er bei den Bauten geschützt wird[t]), entspricht ebenfalls den allgemeinen Grundsätzen rücksichtlich des auf fremden Grund und Boden herzustellenden opus.

Die *servitus aquaehaustus* gewährt die Befugniß, aus fremden Quellen, Brunnen, Bächen oder Teichen Wasser zu schöpfen und gewöhnlich auch die, zu diesem Zwecke vom herrschenden Grundstück hin und zurück zu jenem Wasser zu gehen[u]). Von Cicero in der Rede für Cäcina [5, 74] neben dem aquaeductus, iter und actus, bereits als Repräsentant aller Servituten erwähnt, und wie wir § 40 S. 375 ausführten, wahrscheinlich frühe neben der serv. aquaeductus durch Gesetzgebung dahin geregelt, daß sie schon durch bloßen Nichtgebrauch während bestimmter Zeit untergehen sollte, wird sie den übrigen auf dem Lande entstandenen Servituten gegenüber ein verhältnißmäßig hohes Alter in Anspruch nehmen können, und zwar wird sie, wie wir auch schon früher [§ 15, S. 135 und § 17, S. 164] erwähnten, in unmittelbarem Anschluß an die Wasserleitungsservitut entstanden sein. Darauf deutet namentlich die völlige Uebereinstimmung beider Servituten, hinsichtlich der Regeln über die perpetua causa, da auch die servitus aquaehaustus nur zulässig ist, wenn ex capite vel ex fonte geschöpft werden soll[v]), und ferner nur, wenn aqua viva et perennis vorhanden ist[w]), trotzdem daß doch,

t) L. 30 de damn. infecto 39, 2; l. 3 § 9 de rivis 43, 21.

u) L. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 10 de S. P. U. 8, 2.

v) L. 9 de S. P. R. 8, 3.

w) Vgl. die Belege § 17 S. 161 Anm. q.

wie anderswo weiter ausgeführt ist, das Recht Wasser zu schöpfen auch bei Teichen und Cisternen, die im Sommer austrocknen, von Nutzen sein würde, wenn nur die Umstände so sind, daß eine regelmäßige Füllung desselben im Winter mit Sicherheit erwartet werden kann. Während also in allen diesen Beziehungen die serv. aquaehaustus völlig mit der serv. aquaeductus übereinstimmt, findet doch in zwei Fällen eine Differenz zwischen beiden statt. Einmal ist aus factischen Gründen die letztere unmöglich, wenn nur Brunnenwasser oder sonstiges so tief gelegenes Wasser vorhanden ist, daß es nicht von selbst abfließen und auch nicht durch Schöpfräder gehoben werden kann, während dagegen ein aquaehaustus auch an solchem bestellt werden kann[x]). Sodann aber muß man da, wo man über fremde Grundstücke aus einem öffentlichen Gewässer Wasser ableiten will, an jenen Grundstücken eine serv. aquaeductus erwerben, indem es kein nöthiges Erforderniß dieser Servitut ist, daß sie selbst ein Recht auf den Bezug des Wassers verleiht [siehe S. 405]; nimmt man dagegen der serv. aquaehaustus dies Attribut, so würde sie sich durch nichts mehr von den Wegeservituten unterscheiden. Deßhalb wird da, wo man über Privatgrundstücke zu einem öffentlichen Flusse gehen will, um dort zu schöpfen, nur eine servitus itineris bestellt zu werden brauchen[y]). Man könnte nun freilich auch sagen, da das fließende Wasser in Privatgewässern ebenfalls eine res communis omnium sei, müsse ein iter ad flumen genügen, um solches schöpfen zu können; allein dadurch hätte man nur das Recht, bis an den Fluß zu gelangen, während der Eigenthümer die Thätigkeit des Schöpfens kraft seines Rechts an dem Grund und Boden noch immer verbieten könnte. Darum wird auch in jenen Stellen mit besonderm Nachdruck gesagt, daß nur beim flumen publicum die Bestellung eines iter ad flumen genüge, um schöpfen zu können. Das schließt nicht aus, daß da, wo die Constituenten nur die Befugniß, an das Privatgewässer zu gehen, das ius adeundi ad fontem, bei der Servituterrichtung erwähnt haben, dieser Ausdruck dahin interpretirt

x) L. 1 § 6 de aq. quot. 43, 20.

y) L. 3 § 3 de S. P. R. 8, 3; l. 17 § 4 de aq. et aq. pl. arc. 39, 3.

wird, daß die Constituenten auch zugleich das Recht, Wasser zu schöpfen, haben verleihen wollen, und demnach derselbe genügt, um eine regelmäßige serv. aquaehaustus zu constituiren, wie das Ulpian mit Berufung auf Neratius in der citirten l. 3 § 3 de S. P. R. ausführt.

§. 44.

Die sonstigen zunächst auf dem Lande entstandenen Realservituten.

Die *servitus pascendi* oder *servitus pascui* enthält die Befugniß das zur Bewirthschaftung des herrschenden Grundstücks erforderliche Vieh auf dem dienenden Grundstück weiden zu lassen. Verhältnißmäßig nur sehr selten erwähnen sie unsere Quellen[a]), und können wir daraus folgern, daß diese Servitut in dem römischen Leben durchaus nicht eine so große Bedeutung hatte, wie sie bei uns durch die Schicksale unserer Feld- und Waldverfassung und in Folge der bei uns üblichen Bewirthschaftungssysteme erlangt hat. Die römische Landwirthschaft scheint regelmäßig nicht ein und denselben Acker in den verschiedenen Jahren oder Jahreszeiten bald zur Weide, bald zu anderen Culturen benutzt, sondern nur auf ein für alle Mal als solche eingerichteten Weideplätze das Vieh aufgetrieben zu haben, ja selbst die silva pascua scheint meistens zu keinem andern Zweck als zur Weide benutzt zu sein[b]). Solche Weiden hatten größere Grundbesitzer wohl meistens neben ihren andern Gütern in entsprechender Größe; außerdem waren aber auch von Anfang an Theile des ager publicus zur Gemeindeweide bestimmt, und wurden auch bei den spätern Assignationen und Einrichtungen von Colonien reservirt. Sie wurden bald der Gesammtheit aller Bürger vorbehalten, bald mehreren einzelnen Höfen speciell überwiesen, so daß

---

a) §. 2 J. de serv. II, 3 und l. 1 § 1 de S. P. R. 8, 3 führen nur den Namen auf; l. 3 pr. l. 4, l. 5 § 1 daselbst handeln von der Frage, wann sie eine Realservitut sein könne.

b) L. 30 § 5 de V. S. 50, 16; l. 32 de usufr. 7, 1.

sie als eine Pertinenz derselben erscheinen[c]), und wie einmal Municipalbürger in Ermangelung einer genügenden Gemeinweide sich selbst eine solche schufen, indem sie eine silva pascua kauften und gemeinsam als Weide benutzten, wird uns in der schon in § 14 S. 132 besprochenen l. 20 § 1 si serv. vind. 8, 5 erzählt. Wahrscheinlich ist es daher auch, daß die in den Quellen erwähnten Fälle der Weideservituten zur Voraussetzung hatten, daß das dienende Grundstück nur und allein zur Weide benutzt werde, — ein Verhältniß, das bei uns bekanntlich sehr selten ist. Wenn uns daher auch detaillirtere Regeln über die römischen Weideservituten hinterlassen wären, so würden wir doch mit ihnen schwerlich die vielen und verwickelten Fragen entscheiden können, die unsere Weideservituten bieten, und müssen diese vielmehr aus der Natur des bestimmten Verhältnisses und auf Grund der allgemeinen Regeln des Servitutenrechts beurtheilt werden.

Die Quellenstellen beschäftigen sich meistens mit der Frage, in welchem Verhältniß das zu weidende Vieh zu dem herrschenden Grundstück stehen müsse, damit die Servitut eine Realservitut sein könne. Ulpian läßt sie in l. 3 pr. de S. P. R. 8, 3 zur Weidung der Ochsen zu, durch welche das herrschende Grundstück bestellt wird, und kann die Servitut insoweit ja auch nach den allgemeinen im § 16 S. 142 ausgeführten Grundsätzen keinem Zweifel unterliegen, da sie so die Cultur des herrschenden Grundstücks erleichtert oder ermöglicht. Papinian aber untersucht in l. 4 de S. P. R., ob eine solche Servitut als Real- oder Personalservitut constituirt sei; für die erstere entscheidet er sich „si praedii fructus maxime in pecore consistat“ Daraus geht hervor, daß die Servitut keineswegs darauf beschränkt ist, daß sie nur für die zur Bestellung nöthigen Arbeitsthiere Futter liefern darf, da unter pecus auch Schafe und Ziegen begriffen sind, ja Ochsen und Pferde eigentlich nicht in ihrer Eigenschaft als Lastthiere, sondern als heerdenweise lebendes Vieh[d]). Dagegen aber könnte man aus dem Wortlaut jener

c) Siehe das Nähere hierüber in Rudorffs gromatischen Institutionen, im zweiten Band der Schriften der röm. Feldmesser S. 395 ff.

d) L. 2, § 2, ad leg. Aquil. 9, 2; l. 65 § 4 de leg. III. 32.

Stelle folgern, solche Weideservituten könnten zu Gunsten anderer Weiden bestellt werden, da ja grade nur aus den Weiden allein vermöge des Viehs Nutzen gezogen wird, und deren Früchte eben in dem fett gemachten Vieh bestehen. Allein so wenig eine Realservitut, welche einem zum Kornbau bestimmten Acker zusteht, dahin gehen kann, auch auf dem dienenden Grundstück Korn derselben Art zu bauen, da dadurch die Benutzung des herrschenden Grundstücks durchaus nicht befördert würde, so wenig wird eine Weideservitut zu Gunsten eines lediglich als Weide benutzten Grundstücks möglich gewesen sein[e]), und ich glaube daher, daß jene Worte Papinians nicht zu übersetzen sind „wenn die Früchte größtentheils im Vieh bestehen", sondern mit Benutzung einer häufigen Bedeutung von consistere[f]) so: „wenn die Früchte hauptsächlich auf dem Vieh beruhen", d. h. die Arbeitskraft desselben und der von ihm genommene Dünger zur Erzielung von Früchten nöthig ist. Also, soll die Weideservitut eine Realservitut sein, so muß das Vieh, welches aufgetrieben werden soll, durch seinen Dünger oder seine Arbeitskraft dem herrschenden Grundstück von Vortheil sein.

Der serv. pascendi sowie der serv. haustus ist verwandt die *serv. pecoris ad aquam appulsus*[g]) oder *appellendi*[h]), die, wie der Name sagt, das Recht gewährt, das Vieh des herrschenden Grundstücks zu einem Gewässer zu treiben, und was selbstverständlich folgt, aus diesem zu tränken. Daß die Grundstücke, über welche das Vieh getrieben wird, um an das Wasser zu kommen, fremde seien, ist wohl nicht durchaus zum Wesen dieser Servitut erforderlich, wohl aber, daß das Gewässer im Privateigenthum steht, da sich sonst die

e) Man kann sich allerdings denken, daß es dem Vieh sehr nützlich sein kann, von Zeit zu Zeit anderes Futter, als es die gewöhnliche Weide bietet, zu sich zu nehmen, und daß daher die Möglichkeit eines solchen Wechsels das erstere Grundstück werthvoller, und seine Benutzung vortheilhafter macht. Aber das sind so seltene Fälle, daß sie nicht jenem allgemeinen Ausspruche Papinians unterlegt werden können, und zu ihrer Kenntniß gehört auch eine höhere Stufe der Landwirthschaft, als wir sie den Römern zutrauen können.

f) Vgl. l. 2 § 12 de orig. iur. 1, 2; l. 1 pr. mand. 17, 1 u. a. a. O.

g) § 2 J. de serv. II, 2; l. 1 § 1, l. 6 de S. P. R. 8, 3.

h) L. 4 de S. P. R.

Servitut nicht von einer bloß auf Viehtrifft gerichteten serv. actus unterscheiden würde. Wie dasselbe im Uebrigen beschaffen sein müsse, namentlich damit die Regeln über die perpetua causa gewahrt seien, wird nicht gesagt; da sie aber, wie die serv. aquaehaustus, in früher Zeit durch dasselbe Bedürfniß hervorgerufen und auch im Anschluß an die serv. aquaeductus entstanden sein wird, werden dieselben strengen Regeln bei ihr eingehalten sein. Was das Verhältniß des Viehs zu dem herrschenden Grundstück betrifft, so wird man hier weniger strenge wie bei den Weideservituten sein und diese Servitut auch zu Gunsten von Weiden zulassen müssen, indem die Benutzung dieser erleichtert und um Vieles vortheilhafter wird, wenn das dort geweidete Vieh das Wasser in der Nachbarschaft suchen kann, welches ihm auf dem herrschenden Grundstück vielleicht mangelt.

Als mit der serv. pascendi und der serv. pecoris ad aquam appellendi mitunter verbunden, wird uns in l. 6 § 1 de S. P. R. das Recht genannt, auf fremden Grund und Boden eine Hütte [tugurium] zu haben, die dazu dienen soll, dem Hirten oder vielleicht auch dem Vieh bei schlechtem Wetter eine Zuflucht zu gewähren.

An weiter hierher gehörigen Servituten werden mehrere dem Namen nach aufgeführt, welche die Befugniß ertheilen, einige für die Bewirthschaftung eines Ackers oder Landguts nöthige oder nützliche Materialien aus dem dienenden Grundstück zu entnehmen; so wird genannt das *ius arenae fodiendae*[i]), als das Recht den für die Bauten auf dem herrschenden Grundstück und zu sonstigen dem verwandten Zwecken erforderlichen Sand auf dem dienenden Grundstück zu graben, das *ius cretae eximendae*[k]), als das Recht Kreide ebenfalls für Bauten oder auch für solche Töpferarbeiten zu entnehmen, in denen die Früchte des herrschenden Grundstücks aufbewahrt werden sollen, das *ius lapidis eximendi*[l]), als das Recht die erforderlichen Steine zu brechen, und wahrscheinlich auch das *ius calcis coquendae*[m]), da darin nicht allein das Recht, den Kalk auf dem fremden

---

i) § 2 J. de serv. II, 3; l. 1 § 1, l. 6 § 1 de S. P. R. 8, 3.

k) L. 5 § 1 daselbst.

l) L. 6 § 1 daselbst.

m) § 2 J. de serv. II, 3; l. 1 § 1, l. 5 § 1 de S. P. R. 8, 3.

Grundstück zu brennen, enthalten sein wird, sondern, wie die Zusammenstellung mit den eben erwähnten Servituten wahrscheinlich macht, auch das Recht, ihn vorher dort zu brechen. Weiter wird in dieser Beziehung noch genannt das Recht, aus dem dienenden Grundstück die für einen Weinberg nöthigen Pfähle zu entnehmen[n]).

Einer andern Klasse von Servituten gehören die an, vermöge deren man den Raum des dienenden Grundstücks zu Zwecken des herrschenden verwenden kann. Von dieser Art werden genannt das Recht, in der fremden Villa die Früchte aufzuheben[o]), das Recht, die fremde Kelter zum Keltern der Trauben oder die fremde Tenne zum Ausdreschen des Korns zu benutzen[p]), und das Recht, die Abfälle eines Steinbruchs, so wie die dort gehauenen Steine auf dem fremden Grundstück zu lagern und von dort auszuführen[q]). Hierher gehört auch die in l. 30 de S. P. R. 8, 3 erwähnte Servitut, vermöge deren ein Grundstück das auf einem andern entspringende Wasser aufnehmen muß, und zwar wird dabei vorausgesetzt sein, daß ihm dasselbe nicht schon in Folge seines natürlichen Weges oder der einst bei der Vertheilung der Grundstücke getroffenen Anordnungen zufließe, da ihm dann schon die gesetzliche Pflicht zur Aufnahme des Wassers obläge[r]) [vgl. § 33 S. 292 ff.] und es nicht der Errichtung einer Servitut bedurft hätte. Ferner gehört hierher die dem Eigenthümer eines tiefer liegenden Grundstücks mitunter zustehende Befugniß, die Kraft des Wassers, welches er in Folge der gesetzlichen mit der actio aquae pluviae arcendae geschützten Vorschrift von dem obersten Grundstück aufnehmen muß, dadurch zu schwächen, daß er auf diesem, welches also insofern als dienendes erscheint, Dämme und Gräben anlegt und in Stand erhält[s]).

Die einzige negative Servitut, die hier aufzuführen ist, möchte die in l. 2 § 10 de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3[t]) erwähnte sein,

---

n) L. 3 § 1, l. 6 § 1 de S. P. R. 8, 3.

o) L. 3 § 1 de S. P. R. 8, 3.

p) L. 14 § 3 de alimentis 34, 1.

q) L. 3 § 2 de S. P. R. 8, 3.

r) L. 1 § 23, l. 2 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

s) L. 1 § 23 daselbst.

t) Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit, si fundus tuus

vermöge deren der Innehaber des dienenden Grundstücks das Wasser, welches den natürlichen Gesetzen nach dem herrschenden zufließen würde, diesem nicht immittiren darf. Während ihm also ohne das Vorhandensein der Servitut eine actio aquae pluviae arcendae zustände, um die Nachbarn zur Aufnahme des Wassers zu zwingen, fehlt sie ihm jetzt, und nur, wenn, wie Ulpian sagt, das Wasser ultra modum schadet, soll sie wieder aufleben, d. h. wohl, wenn die Wirkungen anders sind, wie die Constituenten beabsichtigten, indem es gänzlich aufstaut, während es auf andere Weise abfließen sollte u. s. w.

---

vicino serviat, et propterea aquam recipiat, cessare aquae pluviae arcendae actionem, sic tamen, si non ultra modum noceat.

Drittes Kapitel.

Die zunächst auf städtischen Grundstücken entstandenen Realservituten.

---

§ 45.

Einleitung. Der paries communis.

Der Satz der zwölf Tafeln, jedes Haus solle einen ambitus von 2½ Fuß haben[a]), hat sicherlich nicht eine neue Rechtsregel geschaffen, deren plötzliche consequente Durchführung mit einer Umgestaltung der ganzen Stadt verbunden gewesen wäre, sondern wird auf das Engste mit der altitalischen Weise zusammenhängen, unter deren Einfluß die erste Einrichtung und Vertheilung des Stadtgebiets vor sich gegangen zu sein scheint; diese wird lauter einzelne, in sich geschlossene und von den Nachbaren durch regelmäßige Zwischenräume getrennte Gehöfte [insulae] geschaffen haben, die in ihrer Isolirung der künstlichen Erweiterungen, wie sie die meisten städtischen Servituten gewähren, nicht bedurften. Zum Schutz der Aussicht oder sonstiger, nur von dem verfeinerten Leben empfundener Vortheile werden im alten strengen Rom keine Rechtsbildungen entstanden sein. Während auch noch bei spätern Erweiterungen Roms dieselben mit der Heiligkeit des Sacralrechts bekleidete Grundsätze eingehalten sein mögen, ward dagegen der ganze Stadtplan mit seinen regelmäßigen Straßen und Höfen nach dem Bericht des Livius [V, c. 55] durch den gallischen Brand in Verwirrung gebracht, indem die alten Grenzen verloren waren, und in jenen Tagen der Noth und

---

a) *Varro* de ling. Lat. 5 § 22; *Festus* s. v. ambitus; *Isidorus* origin 15 c. 16 § 12.

des Schreckens die Staatsgewalt nicht mächtig genug war, um das Gebiet von Neuem nach den alten sacralrechtlichen Vorschriften zu theilen. Es baute jeder, wo er wollte und einen Platz fand, „und daher kommt es", sagt Livius „daß die alten Cloacen, die zunächst auf öffentlichem Boden angelegt waren, nun hier und da unter Privathäusern liegen, und die Stadt mehr einer willkürlich occupirten, als einer regelrecht vertheilten ähnlich sieht". Seitdem scheint die alte Ordnung niemals in Rom ganz wieder hergestellt zu sein, und wenn auch Nero nach dem neuen Brande, der den bei Weitem größten Theil der Stadt zerstörte, die Regel der zwölf Tafeln von Neuem zur Geltung zu bringen suchte[b]), so stießen doch in dem nicht abgebrannten Theil die Häuser auch später unmittelbar aneinander, und es bleibt fraglich, ob nicht überall jene Vorschrift Neros bald wieder in Vergessenheit gerieth. Auch in andern Städten, in denen römisches Recht lebte, und von wo aus daher Elemente zur Fortentwicklung desselben beigetragen wurden, mag ein ähnlicher Gang eingehalten sein, oder vielleicht war dort von Anfang an jene Trennung der einzelnen Häuser niemals üblich. Wenigstens kamen zur Zeit der klassischen Juristen Realservituten wohl überall nicht selten vor, die zur Voraussetzung hatten, daß die Häuser unmittelbar an der Grenze lagen und aneinanderstießen. Eine gewisse Verwandtschaft mit diesen Servituten bietet das Institut des paries communis dar, welches auch erst entstanden sein wird, als der alte ambitus außer Anwendung zu kommen anfing, und welches häufig denselben Zweck wie jene, nur auf andere Weise erreichen wollte. Ja es ist möglich, daß die serv. tigni immittendi, oneris ferendi u. s. w. in unmittelbarem Anschluß an den paries communis entstanden, indem sie ein Verhältniß schaffen wollten, welches diesem möglichst ähnlich war. Da nun überhaupt das erwähnte Institut so vielfach die Lehre von den städtischen Servituten berührt, und deßhalb gekannt sein muß, um manche hierher bezüglichen Stellen genügend erläutern zu können, so glauben wir zunächst eine kurze Darstellung der Rechtsverhältnisse desselben, soweit wir sie aus den verhältnißmäßig wenigen zuver-

b) *Tacitus* Annal. XV. c. 43.

lässigen Zeugnissen unserer Quellen reconstruiren können, geben zu müssen[c]).

Das Unglück des gallischen Brandes mag zuerst zur Entstehung dieses Instituts Veranlassung geworden sein. Damals, wo es nur darauf ankam sich schnell und mit wenigen Kosten ein neues Unterkommen zu schaffen, werden manche Nachbaren gemeinsam die Mauer gebaut haben, die ihre Häuser künftig trennen sollte, und die so auf gemeinschaftliche Kosten errichtete und von beiden ausgebeutete Wand galt als *paries communis*[d]). Der Grund und Boden, auf dem sie stand, war dann erst durch den Bau occupirt worden und in das Eigenthum der beiden Nachbaren getreten, ohne daß Einer vorher ein

---

c) Man pflegt sich hier häufig auf die ausführlichen Erörterungen in den *ἐπαρχικά* des Architekten Julian im **Manuale legum** des *Harmenopulus* (II tit. 4) zu berufen, um daraus Ableitungen für die römischen Verhältnisse zu machen. Allein so weit wir nicht die Sätze Julians auch bei andern Schriftstellern finden, die dem römischen Leben näher standen, soweit möchte die Quelle für diesen Gebrauch wenig zuverlässig sein, da sie sich hier vielfach auf unrömische Anschauungen stützt, und, wie ja auch zunächst die Absicht dieser Sammlung war, nur von Palästinas Gesetzen und Sitten, nicht von denen Roms berichtet. Dort muß aber das römische Recht, dessen Spuren wir zwar noch überall begegnen, vielfach entartet und zu einem wunderbaren Gemisch geführt haben, wie namentlich die §§ 34—42 jenes Titels beweisen, wo verschiedene Eigenthümer der verschiedenen Stockwerke eines Hauses vorausgesetzt werden, und deßhalb vorgeschrieben wird, daß sie, wenn eine gemeinsame Mauer neu zu bauen sei, nach Verhältniß der Höhe ihrer Zimmer beitragen sollen, wo ferner jedem, der unmittelbar an des Nachbars Mauer baut, gestattet ist, sein Balkenwrk daran anzubringen, wofür er jedoch dem Eigenthümer der Mauer, je nachdem er die Balken darauf legt oder nur daran anlehnt, die Hälfte oder ein Drittel der für diese Mauer verwandten Herstellungskosten zahlen soll. Alles dies ist durchaus unrömisch und ebenso viele andere Bestimmungen, die nach orientalischer Weise sehr enge Straßen und platte Dächer voraussetzen, auf denen ein Theil des Lebens verbracht wird.

d) Man hat früher freilich mitunter den **paries communis** in der Wand, welche an die Straße stößt, finden wollen und dergl. und hat dann die davon handelnden Stellen in wunderbarer Weise zu erklären gesucht. Doch sind diese Ansichten genügend von Haubold, **exercitationes Vitruvianae, quibus iura pariet. comm. illustrantur**, in dessen **opuscula academica vol. II, p. 422 sqq** widerlegt.

Sondereigenthum an einem Theile nachweisen konnte. Auch da, wo in spätern Zeiten eine gemeinsame Mauer entstand, konnte ein ähnliches Verhältniß gegenüber dem Grund und Boden eintreten; wenn nämlich ein Eigenthümer zwei Häuser mit einer gemeinschaftlichen Scheidewand baute oder aus seinem einen Hause durch Aufführung einer Scheidewand zwei machte, und dann eins dieser Häuser veräußerte[e]), so ward auch ein Theil der gemeinsamen Mauer mitveräußert, ohne daß der Grund und Boden, auf dem sie stand, vorher im Eigenthum Verschiedener gestanden hatte. In andern Fällen wurde allerdings von jedem Nachbaren ein Theil seines Grundstücks hergegeben, um darauf die gemeinsame Wand aufzuführen, und dann bauten sie wohl zusammen[f]), oder Einer übernahm den Bau zugleich im Namen des andern[g]). In welchem Verhältniß nun aber in allen diesen Fällen die Nachbaren an der Mauer berechtigt sind, das ist eine vielbestrittene Frage, da bei dem Mangel eines ausdrücklichen Zeugnisses hierüber Manche ein Miteigenthum pro indiviso an der ganzen Mauer annehmen, Manche aber die einzelnen Theile derselben nach Maaßgabe des von jedem Einzelnen contribuirten Bodens, oder wo nichts contribuirt ist, nach Maaßgabe einer durch die Mitte gezogenen Theilungslinie im Sondereigenthum der Anlieger stehen lassen wollen.

Eine unbefangene Würdigung der Quellen möchte aber für die erstere Ansicht sprechen. Vor Allen wird das Anrecht an die gemeinsame Mauer schon dadurch vielfach als Communion bezeichnet, daß die actio communi dividundo zur Regelung der beiderseitigen Ansprüche zugelassen wird[h]), während sie da, wo Steine und Bäume sich auf der Grenze befinden, die wirklich, so lange sie mit dem Grund und Boden verbunden sind, pro regione cuiusque finium im Sondereigenthum stehen, für unzulässig erklärt und erst gestattet wird, wenn der Baum oder Stein vom Grund und Boden losgelößt und damit in das Miteigenthum getreten ist[i]). Wenn die

e) L. 6 § 1 comm. praed. 8. 4; l. 4 de serv. leg. 33, 3.

f) L. 52 § 13 pro socio 17, 2.

g) L. 22 comm. divid. 10, 3.

h) L. 12 comm. divid. 10, 3; l. 4 de serv. leg. 33, 3.

i) L. 19 pr. comm. divid. 10, 3.

Mauer darnach ganz nud gar beiden Nachbaren gemeinsam gehört, so liegt darin, daß der Grund und Boden auf dem sie ruht, auch nicht mehr aus Theilen der anliegenden Grundstücke besteht, sondern ein selbständiges Grundstück ausmacht, und diese Anschauung wird einmal durch den Ausspruch von Paulus in l. 4 § 10 finium regund. 10, 1 bestätigt, wonach schon die gemeinsame Wand die Grundstücke der beiden Nachbaren trennt [denn da, wo die Wand beginnt, hört ja das Sondereigenthum auf], und anderer Seits liegt sie der Entscheidung von Pomponius in l. 25 § 1 de S. P. U. 8, 2 zu Grunde. Darnach schuldet in einem gegebenen Falle das eine von zwei Häusern, die eine gemeinsame Wand haben, einem dritten eine serv. altius non tollendi; gleichwohl soll der Eigenthümer des andern (servitutfreien) jener beiden Häuser die gemeinsame Wand beliebig erhöhen können. Wäre nämlich der Grund auf dem die Wand steht, noch dem Eigenthume nach getheilt, so wäre auch die eine Hälfte ein Theil des Grundstücks, welches dem Dritten dienstbar ist, und der Eigenthümer des Nachbarhauses hätte also auch nur auf dem zu seinem Hause gehörenden Mauertheile weiter bauen dürfen. Da ihm aber ganz allgemein die Befugniß zugestanden wird, die Mauer zu erhöhen, so erscheint diese als selbständige Sache, die daher im Miteigenthum beider Nachbaren stehen muß[k]).

Aber dieses Miteigenthum bietet gar viele, von der regelmäßigen Form desselben weit abweichende Verhältnisse. Soll die Mauer nur einiger Maaßen ihren Zweck genügen, so muß jeder Anlieger die andern Wände seines Hauses daran befestigen und zu diesem Zwecke Balken und Steine darin immittiren, er muß das Dach oder die obern Stockwerke auf die Mauer stützen können, und er muß dabei nicht von der Willkühr seines Mitinteressenten abhängen, so daß dieser jede dazu nöthige Handlung erst erlauben muß und durch

k) Es versteht sich von selbst, daß wenn ein Grundstück bereits dienstbar ist, der Eigenthümer nicht dadurch einen Theil desselben servitutfrei machen kann, daß er ihn zu einer gemeinsamen Wand hergiebt; die obige Entscheidung setzt vielmehr voraus, daß die Servitut auferlegt ist, als die gemeinsame Wand schon bestand, wo diese nicht durch den einen Miteigenthümer belastet werden konnte.

seinen Widerstand verhindern kann, wie das sonst beim Miteigenthum der Fall ist; sondern es muß ein dauerndes, genügend geschütztes Recht auf Vornahme dieser Handlungen anerkannt werden, wenn nicht jeder Nachbar fortwährend in dem Bestande seines Hauses bedroht sein soll. Servituten, vermöge deren jeder immittiren, Lasten auflegen u. s. w. dürfe, konnte man nicht annehmen, weil der Grundsatz entgegenstand, daß ein Miteigenthümer an einer gemeinsamen Sache keine Servituten erwerben könne, und die Mauer ja fast immer von ihrer Entstehung an gemeinsam gewesen sein wird. Auch da, wo die Mauer zuerst dem einen Nachbarn gehört hatte, konnte doch nur der, welcher später das Miteigenthum erwarb, wirkliche Servituten, wenn sie schon früher erworben waren, in Anspruch nehmen; der andere Nachbar, welcher früher alleiniger Eigenthümer war, hätte dadurch doch kein Mittel gehabt, für seine Benutzung der gemeinsamen Mauer Schutz zu gewinnen. Daß demnach die allgemeinen Grundsätze des Servitutenrechts es unmöglich machten, die beiderseitigen Ansprüche der Nachbaren an ihre gemeinsame Mauer durch Servitutbestellung zu regeln, ist von unsern Juristen zwar oft übersehen worden, aber die römische Jurisprudenz scheint es anerkannt zu haben, indem wir nirgends sichere Spuren nachweisen können, welche eine entgegengesetzte Auffassung erkennen lassen, und namentlich wird niemals in diesen Fällen von einer confessorischen Klage geredet, sondern nur persönliche Klagen werden den Nachbaren zugesprochen, wenn sie in der Vornahme der ihnen gestatteten Handlungen gestört werden. Daß jedem die negatorische Klage gegeben wird, wenn der andere Interessent ein Weiteres in Anspruch nimmt, als ihm zukommt, z. B. die Mauer durch seine Vorrichtungen in den fremden Luftraum ausweichen macht[1]), entspricht durchaus dem Wesen der Negatorienklage als einer Eigenthumsklage, wie sie ja immer von jedem Miteigenthümer angestellt werden kann, und läßt durchaus noch nicht den Schluß zu, daß das, was durch sie ver-

1) L. 14 § 1 si serv. vind. 8, 5. Wenn ein Nachbar aber nur das thut, was ihm zukommt, also nur soweit immittirt und belastet, als es ursprünglich gestattet ward; so ist die negatorische Klage gegen ihn unzulässig. Vgl. l. 4 de serv. leg. 33, 3.

hindert werden kann, möglichen Falls durch Servitutbestellung dem Andern gestattet werden kann.

Wenn nun also auch den beiden Nachbaren an der gemeinsamen Mauer keine Servituten zugestanden werden, so sprechen die Quellen doch von einem ius luminis immittendi[m]) und von onera iure imposita[n]) oder sagen, daß man iure Wannen an der Wand befestigen könne[o]), und scheinen so eine unmittelbare Berechtigung an der Mauer zur Vornahme dieser Handlungen anzunehmen. Allein sie werden zu dieser Auffassung nur dadurch bewogen, daß die fraglichen persönlichen Ansprüche jedem Innehaber des Nachbarhauses gegenüber erhoben werden können, indem die Verabredungen, welche bei Errichtung der gemeinsamen Mauer oder auch wohl später von den Anliegern über deren Ausbeutung getroffen worden sind, so lange dieselben Personen die Häuser behalten, mit der actio pro socio[p]), wo andere statt ihrer eingetreten sind, mit dem iudicio communi dividundo geschützt werden[q]). Demnach kann man anomaler Weise mit der letztern Klage, die sonst immer auf Auflösung der Communion geht, die Ermächtigung zur Vornahme einer positiven Thätigkeit erzwingen, und so stellt sie dem Erfolge nach ein Verhältniß her,

---

m) L. 40 de S. P. U. 8, 2. Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto parieti communi nullo iure fenestras immisisse respondi. Auf die Auctorität von Harmenopulus hin hat Cujac hier statt „parieti communi" „parieti coeco" lesen wollen, so daß hier gar nicht von dem oben besprochenen Verhältniß die Rede wäre. Allein einmal wird dem Harmenopulus diese Auctorität nicht gegen das einstimmige Zeugniß aller Handschriften gewährt werden können, und dann wäre der Ausspruch dieser Stelle doch auch auch gar zu unbedeutend, wenn er nur sagte, daß man ohne eine Servitut keine Fenster in der fremden Wand machen dürfe, [denn vom Verbot der Fenster in der eignen Wand weiß das röm. Recht unsers Wissens nichts], während die Stelle in der Fassung unsers Corpus Juris die Frage entscheidet, ob das Brechen von Fenstern zu den Handlungen gehört, welche jeder Anlieger mit der gemeinsamen Wand eigenmächtig vornehmen kann, und diese Frage verneint.

n) L. 36 de damn. inf. 39, 2.

o) L. 19 § 1 de S. P. U. 8, 2.

p) L. 52 pro socio 17, 2.

q) L. 12 comm. div. 10, 3.

welches einer servitutartigen Berechtigung beider Eigenthümer an der gemeinsamen Wand möglichst ähnlich kommt. Diese auffallende Function des iudicium communi dividundo erklärt sich nur aus dem dringenden Bedürfniß, welches einen genügenden Schutz für die wichtigen Zwecke veranlaßte, welche die gemeinsame Mauer erfüllte, wie er durch die vorhandenen dinglichen Klagen aus juristischen Gründen nicht gewährt werden konnte. In Ermangelung dieser mußten sich die Theilungsklagen als die geeignetsten herausstellen, um gegen Jeden Schutz zu schaffen.

Durch die actio communi dividundo also und auf der andern Seite durch Versagung der negatorischen Klage werden die Verabredungen aufrecht erhalten, welche über die Immissionen und Belastungen der Mauer oder über die sonstigen Benutzungsweisen derselben getroffen sind. Aber auch über die ausdrücklichen Verabredungen hinaus können die Interessenten solche Handlungen mit der Mauer vornehmen, welche die Constituenten muthmaßlich zugestanden hätten, und so wird namentlich jedem gestattet, die Mauer nach seiner Seite hin nach Belieben auszuschmücken, sie zu tünchen und zu malen[r]), ferner seine häuslichen Vorrichtungen z. B. Treppen oder tönerne und daher wasserdichte Badewannen äußerlich an derselben anzubringen, wenn sie nur nicht die Reparaturen hindern[s]) oder den innern Bestand der Mauer dauernd angreifen, indem sie dieselbe zu sehr austrocknen, wie es Kaminröhren oder Backöfen thun[t]), oder sie durch Nässe verderben, wie Röhren von Wasserleitungen, Badeanstalten u. s. w[u]).

Die gemeinsame Mauer wider Willen des andern Interessenten niederzureißen oder sonst eigenmächtige Veränderungen damit vorzunehmen, ist natürlich jedem untersagt[v]); doch wenn sie baufällig ist, und zwar in der Weise, daß sie die Lasten, welche sie den Verabredungen gemäß zu tragen hat, nicht mehr mit Sicherheit tragen

r) L. 13 § 1 de S. P. U. 8, 2.

s) L. 19 daselbst.

t) L. 13 pr. daselbst; arg. leg. 27 § 10 ad leg. Aquil. 9, 2.

u) L. 19 de S. P. U. 8, 2.

v) L. 8 daselbst.

kann, so darf jeder Interessent sie einseitig repariren und nöthigen Falls ganz umbauen[w]), und der Widerstand des andern dagegen kann nach vorheriger Bestellung einer cautio de damno infecto wegen des beim Bau entstehenden Schadens[x]) wiederum durch das iudicium communi dividundo gebrochen werden[y]) — also wiederum eine Bestimmung, welche gegenüber den sonstigen Grundsätzen in Betreff dieser Klage als Anomalie erscheint und nur aus der besondern Wichtigkeit sicherer Hülfe für die Miteigenthümer einer gemeinsamen Wand erklärt werden kann. Wollen beide Theile repariren und keiner es deßhalb dem andern gestatten, so bestellt der Richter den, welcher am geeignetsten ist und die besten Bedingungen verspricht[z]). Ueberall kann der, welcher die Reparatur besorgt hat, von dem

---

w) L. 35 bis 37 de damn. inf. 39, 2; Paul. Rec. Sent. V. 10, § 2.

x) L. 39 pr. de damn. inf.

y) L. 12 comm. divid. 10, 3. — Man könnte unsere Erklärung der eigenthümlichen Grundsätze über die Reparaturpflicht bei der serv. oneris ferendi durch Berufung auf den obigen Satz angreifen wollen, wonach jemand ja gegen den Willen des Nachbars die Mauer niederreißen und umbauen kann, die auch dessen Haus begrenzt, und somit in diesen Fällen die Heiligkeit des Hausfriedens nicht gewahrt und das Eindringen fremder Leute in das Innere des Hauses nicht vermieden wird. Allein darin lag wohl grade der Unterschied zwischen der eigenen und der gemeinsamen Mauer. Wer sich auf die letztere einläßt, wird gleich Anfangs alle seine Einrichtungen so treffen können, daß das, was unmittelbar an der fraglichen Wand liegt, von jedem gesehen werden kann, er wird die Heiligthümer seines Hauses nach einer andern Seite legen und gewisser Maaßen von vorneherein auf die ausschließliche Herrschaft in diesem Theil des Hauses verzichtet haben, wie das auch im Falle der serv. oneris ferendi der that, welcher die Errichtung einer eigenen Mauer unterließ und sich damit begnügte, sein Haus unmittelbar an die fremde Wand zu fügen. Er konnte dann ja nicht dem Eigenthümer die Reparaturen seiner Wand untersagen. Wo man aber eine eigene Mauer gebaut hat, da wird man mit Recht erwarten, fortan allein Herr in seinem Hause zu sein, und darum waren jene anomale Bestimmungen bei der serv. oneris ferendi nöthig, um gegen fremde Eingriffe Schutz zu gewähren. Dieser Schutz war aber bei dem paries communis unmöglich, da er hier zu einem gänzlichen Verfall der Wand und damit der beiden Häuser hätte führen können.

z) L. 41 de damn. inf. 39, 2.

andern Theil Ersatz der Hälfte der Baukosten verlangen, wenn er nur nicht übergroßen Aufwand gemacht und wenn er eine gute Mauer hergestellt hat[aa]). Hat er dagegen ohne genügenden Grund Veränderungen der Wand vorgenommen, so muß er dem andern vollen Ersatz auf das ganze Interesse leisten[bb]), und die gleiche Verpflichtnng liegt ihm ob, wenn er unrechtmäßiger Weise, d. h. über die Verabredung hinaus die Mauer von seiner Seite bebürdet hat und sie in Folge dessen einstürzt, während beide den sie treffenden Schaden tragen müssen, auch wenn dieser ungleich sein sollte, sobald die Wand in Folge eines Fehlers derselben, oder weil sie von beiden Seiten zu sehr belastet ward, zusammenbrechen sollte[cc]). Wegen des Schadens, welcher erst Einem der Interessenten bevorsteht, kann er der Regel nach vom andern keine Caution fordern, da er ja selbst repariren und dann den entsprechenden Theil der Kosten vom Nachbar beitreiben kann. Nur wenn der Eine ein besseres Haus hat, wie der andere, soll er die cautio damni infecti fordern können[dd]), und ferner, wenn sein Mitinteressent so verfährt, daß durch dessen Schuld Schaden zu erwarten steht, z. B. mit dem Feuer leichtsinnig umgeht[ee]).

Wir haben hier seither zwei Functionen des iudicium comm. dividundo kennen gelernt, die von der regelmäßigen Anwendung dieser Klage sehr abweichen. Es frägt sich, ob sie, welche in l. 4 de serv. leg. 33, 3 für allgemein zulässig bei dem paries communis erklärt wird, hier auch zum Zwecke der Auflösung der Communion auf den einseitigen Antrag eines Interessenten gebraucht werden kann, wie das doch der Regel nach ihr eigentliches Ziel ist. Allein in derselben Weise wie nach l. 19 § 1 comm. divid. 10, 3 auf Theilung eines Vestibulums, das zwei Häuser mit einander gemeinsam haben, nicht erkannt werden kann, sobald das dahin führen würde, daß ein

---

aa) L. 37 daselbst; Paul. Rec. sent. V, 10 § 2.

bb) L. 37 de damn. inf. 39, 2.

cc) L. 40 § 1 daselbst.

dd) L. 39 pr. daselbst.

ee) L. 27 § 10 ad leg. Aquil. 9, 2; Collatio leg. Mosaic. et Rom. XII, § 7.

Haus ganz von der Straße abgeschnitten würde, ebenso wird auch nicht auf körperliche Theilung der Mauer geklagt werden können, wenn die eine Hälfte derselben keine selbstständige Existenz haben oder den Zweck, welchen diese seither gemeinsame Mauer für beide Häuser erfüllt, dem einen ihr zunächstliegenden allein nicht erfüllen kann. Denn sonst würde ja die Theilung das ganze Nachbarhaus in seiner Existenz gefährden und so noch größeren Schaden herbeiführen, wie der ist, welcher in l. 19 § 1 Veranlassung wird, um die körperliche Theilung auszuschließen. Nur wenn in einzelnen Fällen die gemeinsame Mauer überflüssig geworden ist, oder beide Parteien die körperliche Theilung wünschen, wird der Richter dazu sowohl in Betreff des Grund und Bodens, als des etwa schon losgelößten Materials schreiten können, und dabei werden dann wo möglich die frühern Grenzverhältnisse und die von Jedem geleisteten Beiträge in Berücksichtigung gezogen werden müssen.

§. 46.

Die servitutes tigni immittendi, oneris ferendi, proiiciendi, protegendi und andere.

Nachdem einmal Recht und Sitte es gestatteten, daß zwei Häuser nur durch eine Zwischenwand von einander geschieden waren, konnte auch da, wo eine Mauer schon unmittelbar an der Grenze von einem Eigenthümer errichtet war, und nun ein anderer daneben bauen wollte, bei ihm das Verlangen entstehen, seiner Seits die Mauer zu sparen, und da wird er gesucht haben, durch Verhandlungen mit dem Eigenthümer des Nachbarhauses die Befugniß zu erwerben, in die Wand zu immittiren oder ihr Lasten aufzulegen, und gestattete dies der Nachbar, ohne daß er sein alleiniges Eigenthum an der Mauer aufgab, so mögen darin die Anfänge der in späterer Zeit häufigen *servitus tigni immittendi*, oder wie sie Justinian in § 1 J. de serv. II, 3 umschreibt, der servitus, ut in parietem vicini liceat vicino tignum immittere, und der *servitus oneris ferendi*, oder nach Justinian der servitus, ut vicinus onera vicini sustineat, gelegen haben. Möglicher Weise können diese Servituten aber Anfangs auch nur benutzt sein, um einzelne hervorragende

Balken oder kleinere Gegenstände zu stützen und erst allmälig diese große Bedeutung erhalten haben, daß die ganze Einrichtung des Hauses darauf beruhen konnte.

Die beiden genannten Servituten unterscheiden sich, wie schon oben [§ 6 S. 55] ausgeführt ist, dadurch von einander, daß die serv. tigni[a]) immittendi nur Theile des herrschenden Hauses in die Wand des dienenden Hauses hineinragen läßt, ohne daß diese in der Wand ihren Stützpunkt finden und nur vermittelst derselben in ihrer jetzigen Lage erhalten werden können, während bei der serv. oneris ferendi Theile des herrschenden Hauses nicht nur in den fremden Luftraum hineinragen, sondern dort auch durch eine Mauer oder Säule gestützt werden müssen, wenn sie nicht selbst und mit ihnen vielleicht größere oder kleinere Theile des ganzen herrschenden Hauses zusammenbrechen sollen. Welche von beiden Servituten in dem einzelnen Falle vorhanden ist, muß jedes Mal nach den Umständen entschieden werden, und selbst der Gebrauch des Ausdrucks ligna immittere bei der Constituirung schließt noch nicht immer die servitus oneris ferendi aus, wie ein von Ulpian in l. 8 § 1 si serv. vind. 8, 5 erzähltes Beispiel beweißt, wo die Servitut dahin ging, Balken zu immittiren und auf diesen Balken einen porticus ambulatorius zu basiren, der dann von den Balken getragen werden mußte und also auch wohl die dienende Wand beschwerte. Die wichtigen mit jenem Unterschied zusammenhängenden Bestimmungen über die Reparaturpflicht des Eigenthümers der dienenden Sache bei der serv. oneris ferendi haben wir schon oben § 6 S. 54 bis 64 weitläuftig besprochen (vgl. auch § 45 Anm. y S. 428).

Ein eigenthümliches Rechtsprincip für die serv. tigni immittendi hat man in der l. 14 pr. si serv. vind. 8, 5 finden wollen, wo Pomponius sagt:

> Si, quum meus proprius esset paries, passus sim te immittere ligna, quae antea habueris, si nova velis immittere,

---

a) Der Ausdruck tignum bezeichnet nicht bloß einen Balken, wie wir es zu übersetzen pflegen, sondern im juristischen Sinne wird jede Art von Baumaterial so benannt. Vgl. § 29 J. de rer. div. II, 1; l. 62 de V. S. 50, 16.

prohiberi a me potes; imo etiam agere tecum potero, ut ea, quae nova immiseris, tollas.

Man hat das mitunter so verstanden, daß durch die serv. tigni immittendi nur die Befugniß ertheilt werde, den einen bestimmten Balken, welcher zuerst eingefügt ist, überragen lassen zu dürfen, so daß, wenn dieser einmal zerstört ist, auf Grund der alten Servitut kein neuer Balken eingefügt werden darf. Es ist aber auch schon von den verschiedensten Seiten mit Recht gegen eine solche Auffassung geltend gemacht worden, wie damit dieser Servitut die perpetua causa genommen wäre, während doch grade das Bedürfniß einer solchen bei der serv. oneris ferendi zu solchen exorbitanten Anomalieen führte. Es kann freilich in einem einzelnen Falle von den Constituenten wohl mal bestimmt sein, daß die Servitut erlöschen solle, wenn der Balken zerstört sei; aber der auf diese Weise beigefügte Endtermin kann nicht ipso iure, sondern nur ope exceptionis wirken [vgl. § 19 S. 176 ff.]. Daß nun diese allgemeinen Grundsätze des Servitutenrechts auch bei der serv. tigni immittendi eingehalten wurden, geht schon daraus hervor, daß nach dem Herausziehen des Balkens aus der fremden Wand noch von einer usucapio libertatis die Rede ist[b]), der Servitutberechtigte also durch das bloße Herausziehen des Balkens sein Recht noch nicht verloren hat und noch immer wieder, bis die Freiheit ersessen ist, immittiren darf, und es dabei doch im höchsten Grade auffallend wäre, wenn dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks ein Untersuchungsrecht zugestanden würde, ob wirklich derselbe alte Balken immittirt werde. Man hat daher auch jene Stelle des Pomponius auf andere Weise zu erklären versucht, und so haben Viele nach dem Vorgang von A. Faber angenommen, der Jurist rede hier von einem Falle, wo die Servitut dahin ging, einen einzelnen oder doch eine bestimmte Anzahl von Balken zu immittiren, der Berechtigte nun aber neben diesen noch weitere neue Balken anbringen wollte[c]). Da sich aber dann die Entscheidung der l. 14 durchaus von selbst verstände, auch nicht abzusehen wäre, warum gerade der Nachdruck auf das meus

---

b) L. 6 de S. P. U. 8, 2; vgl. § 40 S. 363.

c) Vgl. auch Glücks Commentar Bd. 10 S. 74.

proprius paries im Gegensatz zu dem communis paries, womit der § 1 jener Stelle beginnt, gelegt ist, indem es auch bei Gemeinsamkeit der Mauer nicht gestattet wäre, mehr zu immittiren, als verabredet ist, und da auch der Wortlaut diesem Sinne wenig entspricht; so haben Andere mit größerm Recht angenommen[d]), daß der Jurist hier gar nicht von der serv. tigni immittendi rede, sondern von einem bestimmten thatsächlichen Verhältniß, wo der Eigenthümer precario oder in Folge eines Obligationsverhältnisses die Immission gestattet hatte [passus sim], und daß die Stelle daher nur den Zweck habe, die Erlaubniß dahin zu interpretiren, daß sie vermuthlich nur für die zunächst immittirten Balken gegeben ist. Demnach ist darin keine der serv. tigni immittendi eigenthümliche Beschränkung ausgesprochen.

Während die Ausübung einer serv. oneris ferendi zu ihrer nothwendigen Voraussetzung das Vorhandensein einer zum Tragen geeigneten Mauer oder Säule hat, ließe sich die serv. tigni immittendi, bei welcher nur der von dem hereinragenden Balken in Anspruch genommene Raum dem dienenden Grundstück entzogen ist, auch so denken, daß der Balken nicht in eine Mauer des Hauses immittirt sei, sondern nur in die fremde Luftsäule hineinrage. Ein solcher Zustand kann ja ohnehin in jeden Augenblick dadurch herbeigeführt werden, daß die Wand, in welche der Balken seither auslief, weggebrochen wird, was der Servitutinnehaber, da er nur Anspruch auf den Raum, nicht auf irgend eine Stütze oder einen Schutz für seinen Balken hat, nicht zu verhindern vermag. Wenn also durch spätere Umstände die serv. tigni immittendi eine derartige Gestalt annehmen konnte, so, sollte man schließen, müßte sie auch von vorne herein also constituirt werden können. Allein dem römischen Leben mochte dies nicht alsbald zum Bewußtsein gekommen sein, und es hatte für derartige Bildungen bereits andere Namen geschaffen, die *servitutes proiiciendi* und *protegendi*[e]). Davon ist die letztere eigentlich eine

d) So *Brunnemann* Comment ad h. l.; Gesterding Nachforschungen Bd. VII Abth. I, S. 29.

e) § 2 J. de act. IV, 6; l. 1 pr. de S. P. U. 8, 2; l. 2 de S. P. R. 8, 3; l. 29 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2.

Den obigen Unterschied giebt die l. 242 § 1 de V. S. des Javolen an.

Unterart der erstern, indem sie statt hat, wenn es ein Theil des Dachs ist, was in den fremden Luftraum hineingebaut wird, während die erstere vorhanden ist, wenn irgend ein Ueberbau, worin er auch immer bestehen mag, gestattet ist.

Das römische Leben blieb aber nicht dabei stehen, nur die Ausläufer einzelner Balken, Steine u. s. w. in das fremde Gebiet hineinragen zu lassen, sondern wie Neratius berichtet f), kam es vor, daß Zimmer und Hallen ganz und gar in dem einen Hause lagen, und doch zu dem andern gehörten, von wo aus ein Eingang in dieselben führte, so daß also jenem Nachbarhaus die Servitut oblag, auf seinen Mauern ein fremdes Zimmer zu tragen.

Nur eine vorübergehende Benutzung des fremden Luftraumes oder des fremden Grund und Bodens gewährt die in l. 1 § 8 de mortuo infer. 11, 8 beiläufig erwähnte Servitut, vermöge deren man die bei Reparaturen des herrschenden Gebäudes erforderlichen Baugerüste [machinae] auf dem dienenden Grundstück befestigen kann. Neuere haben dafür wohl den Namen gebildet *servitus machinam alligandi*. In l. 17 comm. praed. 8, 4 erkennt Papinian eine Servitut als möglich an, vermöge deren man auf dem fremden Grund und Boden eine Mauer aufführen kann.

§. 47.

Die servitus stillicidii, fluminis, fumi immittendi, aquae immittendae und andere.

Seitdem in Folge der serv. protegendi Theile des Dachs eines Hauses in den fremden Luftraum hineinragten, wird es oft vorgekommen sein, daß das Regenwasser, welches von diesem Dach fiel, nicht in Rinnen aufgefangen und auf das herrschende Grundstück

---

wo es heißt: Inter *proiectum* et *immissum* hoc interesse, Labeo ait, quod proiectum esset id, quod ita proveheretur, ut nusquam requiesceret, qualia moeniana et suggrundae essent, immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur. Vgl. l. 25 pr. de S. P. U. 8, 2.

f) L. 47 de damn. inf. 39, 2.

zurückgeführt wurde, sondern daß es frei auf das dienende Grundstück herabträufelte, und so wird das Recht zur Immission des Wassers häufig als ein Accessorium jener Servitut aufgetreten sein. Bei dem Vortheil, welcher daraus dem herrschenden Grundstück entstehen konnte, indem dadurch das Bauen bis unmittelbar an die Grenze um vieles erleichtert wurde, wird man häufig das Dach nur deßhalb und nur so weit in des Nachbars Grundstück haben hineinragen lassen, als es zur Immission des Regenwassers erforderlich war, und die Befugniß zu dieser Immission war dann der nächste und beabsichte Zweck der ganzen Servitutbestellung, so daß auch darnach die einzelnen Beziehungen dieses Verhältnisses beurtheilt werden mußten, während die Befugniß, das Dach oder die sonstigen Anstalten, durch welche das Wasser abfloß, in den Luftraum des Nachbars hineinragen lassen zu dürfen, nur als ein Accessorium jener Befugniß erschien, welches zwar die nothwendige Voraussetzung derselben aber keineswegs das war, welches dem ganzen Verhältniß den bestimmten Charakter zu geben vermochte. Deßhalb nannte man dasselbe denn auch nicht etwa eine servitus protegendi, sondern seinem Zwecke gemäß eine ***servitus stillicidii*** oder eine ***servitus fluminis***. Davon setzt die erstere, die auch genannt wird ***ius stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini***[a]) oder ***servitus, ut recipiat stillicidium quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam***[b]), voraus, daß das Wasser tropfenweise und daher gewöhnlich von der ganzen Länge des Dachs herabfällt, während da, wo eine servitus fluminis geübt wird, vorausgesetzt wird, daß das Wasser von einer größern Strecke des Dachs an einem Punkte gesammelt ist und so von dort aus in einem Strahl herabfällt[c]).

Sind diese Servituten einmal zu Gunsten eines Hauses errichtet, so bleiben sie auch bestehen, wenn das Haus niedergerissen und ein

---

a) L. 2 de S. P. U. 8. 2.

b) § 1 J. de servit. II, 3.

c) *Varro* de ling. Lat. V. § 27: Fluvius quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur: Stillicidia fluminaque ut fluant ita cadantque. Inter haec hoc interest, quod stillicidium eo quod stillatim cadat; flumen quod fluit continue. *Paulus* epit. Festi s. v. *stiricidium*.

anderes dort aufgeführt wird[d]), nur daß dadurch die Last für das dienende Grundstück nicht größer werden darf, und darum darf der Berechtigte namentlich nicht das Dach fortan weiter in das fremde Grundstück hineinragen lassen, so daß es einen größeren Theil desselben bedeckt, während er es wohl weiter nach seiner Grenze hin zurücklegen kann; ferner darf er den Tropfenfall wohl höher legen, nicht aber niedriger, weil schon den Römern die Beobachtung nicht entgangen war, daß derselbe viel weniger Kraft habe und das Erdreich weniger verletze, wenn er von einer größern Höhe herabfällt, und daß der Wind dann auch die Tropfen oft zerstreue, ehe sie ganz heruntergefallen sind[e]). Sodann darf ferner auch die Neigung des Daches nicht vergrößert, wohl aber dasselbe weniger steil angelegt werden[f]). Endlich ist auch eine Veränderung des Materials, mit welchem das Dach gedeckt ist, untersagt, sobald das Einfluß auf den Wasserlauf haben kann und nicht als Erleichterung der Last erscheint. So sagt Paulus in der l. 20 § 4 de S. P. U., wenn die Tropfen früher von Ziegeln herabfielen, so dürfen sie später nicht von Holz oder andern Stoffen (z. B. Schilf und Stroh) herabfallen, und zwar wohl deßhalb, weil die Form der Ziegel an bestimmten regelmäßigen Stellen und in überall gleicher Stärke das Wasser abfließen läßt, während es sich bei Dächern anderer Art erst einen Weg

d) L. 20 § 2 de S. P. U. 8, 2.

e) Auf die serv. fluminis wird diese Bestimmung nicht in ihrem ganzen Umfange anwendbar sein. Denn ein Wasserstrahl wird kräftiger und schädlicher, je höher er herabfällt, sobald nur diese Höhe noch nicht ein bestimmtes, nach Verhältniß der Stärke des Stroms verschiedenes Maaß überschreitet; von da an wird jede weitere Erhöhung eine Milderung desselben sein, und daher nach Analogie der Bestimmungen für den Tropfenfall gestattet werden müssen.

f) L. 20 § 5 daselbst. *Paulus.* — Stillicidium, quoquo modo adquisitum sit, *altius tolli potest*; levior enim fit eo facto servitus; quum quod ex alto cadit, lenius et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. *Inferius demitti non potest*, quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa *retro duci potest* stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere; *produci non potest*, ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est. *Lenius facere* poterimus, acrius non.

suchen muß und sich so leichter zu größern Massen sammeln und dann mit stärkerer Kraft herabfallen kann. — Da die Ausübung dieser Servituten nur möglich ist, wenn das dienende Grundstück an der betreffenden Stelle niedriger ist, wie der Ort, von wo das Wasser herabfällt, so sind dem Eigenthümer des ersteren alle Bauten untersagt, wodurch diese Höhe überschritten wird[g]), und gestattet der Servitutberechtigte ihm, dergleichen vorzunehmen, so liegt darin ein Verzicht auf die Servitut[h]); doch nur, wenn grade mit Rücksicht auf diese Servitut die Erlaubniß ertheilt wird, wird ein solcher Verzicht angenommen, und hat der Berechtigte daher neben der serv. stillicidii noch eine serv. altius non tollendi und gestattet nun, höher zu bauen, so soll, wie Pomponius in l. 21 de S. P. U. sagt, daraus nur auf einen Verzicht auf die letztere geschlossen werden, und der Bau muß also so eingerichtet werden, daß noch immer der Abfluß des Regenwassers vom herrschenden Grundstück möglich ist[i]).

Nach dem Vorbild dieser Servituten, wodurch es gestattet ist, das belästigende Wasser in das fremde Grundstück zu immittiren, mögen manche andere entstanden sein. So gewährt die *servitus fumi immittendi* das Recht, in anderer und umfassenderer Weise, als es schon nach der allgemeinen gesetzlichen Erlaubniß auf jedem Grundstück gestattet ist [vgl. § 33 S. 292 und 294 f.], Rauch auf dem herrschenden Grundstück zu machen und in den Luftraum des dienenden, sei es durch besondere dort mündende Röhren, sei es nur mittelst des gewöhnlichen Luftzugs und Windes zu immittiren[k]). Aus der oben [§ 17 S. 157] besprochenen l. 29 de S. P. U. 8, 2 ersehen wir, daß auch Servituten vorkommen, in Folge deren man überflüssiges Wasser durch eine Oeffnung des herrschenden Hauses ableitete; und in l. 8 § 7 si serv. vind. 8, 5, werden Servituten für zulässig erklärt, in Folge deren man den Dampf eines Bades durch Kanäle in den Raum des Nachbaren leitet. Nach l. 17 § 2

g) L. 20 § 3, l. 21 de S. P. U.

h) L. 8 pr. quemadm. serv. amitt. 8, 6.

i) Ueber die Bedeutung der *servitus stillicidii recipiendi* haben wir bereits weitläufig in § 39, S. 354 ff. gesprochen.

k) L. 8 § 5 und 6 si serv. vind. 8, 5.

si serv. vind. 8, 5 scheinen Servituten vorgekommen zu sein, vermöge deren man Mistgruben in der Nähe der Wand des Nachbaren haben darf, trotzdem daß dadurch die letztere feucht wird, und man also in dieselbe Flüssigkeiten immittirt.

§. 48.
Die servitus cloacae.

Einen durchaus selbständigen Entwicklungsgang scheint die *servitus cloacae* oder, wie Paulus in l. 7 de serv. 8, 1 sagt, das *ius cloacae mittendae* genommen zu haben und zugleich ein verhältnißmäßig hohes Alter beanspruchen zu dürfen. Aus der schon mehrmals erwähnten Stelle von Livius (V, 55) erfahren wir, daß die öffentlichen Cloacen seit dem gallischen Brande nicht mehr überall auf öffentlichem Grund und Boden geführt waren, sondern unter manchen Privathäusern hindurchgingen. Damit mußten denn auch die Privatcloacen, welche den Abfluß aus den einzelnen Häusern in die öffentlichen Cloacen bildeten, und bis dahin unmittelbar von dem einzelnen Hause in die daran vorbei laufende Straße und in die dort befindliche Cloace eingemündet waren, vielfach unter fremde Privatgrundstücke gerathen sein, und demnach, da dem, von dessen Haus sie ausging, ein Recht auf die Benutzung einer solchen nicht abgesprochen sein wird, von selbst der Anfang der servitus cloacae entstanden sein.

Die Hauptfunction derselben blieb immer, die Verbindung der einzelnen Häuser und städtischen Grundstücke mit den öffentlichen Cloacen zu vermitteln, doch kam sie auch so vor, daß sie an einem andern Orte mündete[a]), oder daß sie ländliche Grundstücke entwässern sollte[b]). Ein wesentliches Erforderniß für die Ausübung dieser Servitut ist das Vorhandensein eines zum Abfluß geeigneten Kanals, der jedoch nicht nothwendig unterirdisch sein mußte[c]). Ehe der

a) L. 1 § 8 de cloac. 43, 23.

b) L. 2 de S. P. R. 8, 3.

c) L. 1 § 4 de cloac. Ulpianus. – Cloaca autem est locus cavus, per quem colluvies quaedam fluat.



Servitutinnehaber das Recht zur Herstellung eines solchen Kanals erzwingen kann, muß er wegen des etwa dem Eigenthümer dadurch entstehenden Schadens eine cautio de damno infecto bestellen[d]).

§. 49.

Die Servituten zum Schutz gegen Verdunkelung der Gebäude oder gegen Beeinträchtigung der Aussicht.

Seitdem man die Häuser unmittelbar an die Grenzen zu bauen begann, mußte für alle die Fenster, welche nach der Grenze hin belegen waren, die Gefahr entstehen, daß sie jeden Augenblick durch willkürliche Veränderungen des Nachbargrundstücks verdunkelt und auf diese Weise dem Hause Luft und Licht entzogen werden konnte. Um dagegen einen Schutz zu gewähren, schuf das Recht die mehr specielle *servitus altius non tollendi* und die generelle auch jene umfassende *servitus ne luminibus officiatur*. Davon mag wohl die serv. altius non tollendi die ältere gewesen sein, da sie gegen die Art und Weise der Verdunkelung gerichtet war, welche auf städtischem Grund und Boden am meisten zu fürchten war, und da ferner, wenn sich einmal die allgemeinere Servitut gebildet hatte, die speciellere Form sich nicht mehr mit einem besondern Namen Bahn gebrochen haben würde. Diese scheint auch, wie die bei weitem häufigere Erwähnung derselben in unsern Quellen erkennen läßt, noch später eine größere Verbreitung genossen zu haben. Beide Servituten bleiben aber nicht dabei stehen, nur zum Schutz gegen gänzliche Verdunkelung bestellt zu werden, sondern die serv. altius non tollendi wurde errichtet, wo irgend ein Interesse durch den Höherbau verletzt werden konnte, namentlich also auch zum Schutz gegen die geringste Verdunkelung eines Hauses, gegen Beschattung eines offnen Platzes oder gegen Verbauen der Aussicht, ja wenn uns auch in den Quellen nichts davon berichtet wird, so mag sie auch dazu gedient haben, um da, wo gewerbliche Zwecke oder sonstige Gründe eines freien

---

d) L. 1 pr. daselbst. Vergleiche über diese Servitut Schmidt von Ilmenau, die interdicta de cloacis in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd, 15 S. 51—89 (1850).

Luftzugs bedurften, das Verbauen desselben zu verhindern. Mit der serv. ne luminibus officiatur dagegen sicherte man sich gegen Alles, wodurch eine weniger günstige Erhellung des Gebäudes veranlaßt werden konnte[a]). Doch konnten diese beiden Bildungen noch nicht allen Ansprüchen genügen, seitdem das römische Leben den Verfeinerungen des Luxus Geschmack abzugewinnen und damit den Werth einer schönen Aussicht kennen zu lernen begann; nur wenn diese durch Errichtung neuer Gebäude beeinträchtigt wurde, vermochte die serv. altius non tollendi zu helfen; wenn sie auch auf andere Weise bedroht wurde, half eine dritte Bildung, die *servitus ne prospectui officiatur*, welche sich der serv. altius non tollendi gegenüber wieder als das Generelle gegenüber dem Speciellen verhielt, so daß dieses überflüssig ward, wo jenes vorhanden war. Diese Servitut ist nun vielleicht von Anfang an eben so häufig benutzt worden, um außerhalb der Stadt die Villen, Lustgärten und sonstigen Vergnügungsanlagen gegen Beschränkung der Aussicht zu sichern, als innerhalb der Stadt, wo ihre Anwendung, so lange die römische Sitte sich in den Häusern ungeschmälert erhielt, eine sehr seltene gewesen sein wird.

Was diese Bildungen im Einzelnen betrifft, so hindert die *servitus altius non tollendi* oder, wie sie auch genannt wird, die *servitus ne quid altius tollatur*[b]), nur daran, ohne Zustimmung des Servitutberechtigten, irgend welche Bauten vorzunehmen, durch

---

a) Der Ausdruck *lumina* dient in allen auf das Servitutenrecht bezüglichen Stellen einmal dazu, um das Licht zu bezeichnen, welches in ein Haus einfällt, aber auch nur dieses, so daß man, wenn man einem unbedeckten Raum durch Freihalten des Horizonts eine größere Helligkeit bewahren wollte, jene Servitut nicht bestellt haben wird. Sodann aber werden auch die Oeffnungen durch welche das Licht eindringt als *lumina* bezeichnet [lumina immittere, l. 13 § de usufr. 7, 1; l. 40 de S. P. U. 8, 2, — lumina excipere l. 4 daselbst — lumina coenaculi l. 25 § 2 de loc. cond. 19, 2], aber nur in so fern sie dazu dienen, Licht einzulassen, [die fenestrae luciferae der l. 12 § 3 C. de aedif. privat. 8, 10] nicht etwa auch, sofern sie schöne Aussichten gewähren, [die fenestrae prospectivae der l. 12 § 3 cit.], so daß, wer diese verbaut, dabei aber den Horizont frei läßt, nicht gegen die serv. ne luminibus officiatur handelt [l. 16 de S. P. U. 8, 2].

b) L. 12 de S. P. U. 8, 2.

welche das Niveau des dienenden Grundstücks weiter erhöht wird, als solches von den Constituenten gestattet ist, oder, falls die Servitut unbeschränkt bestellt ist, das Niveau irgend höher zu legen, als dasselbe zur Zeit der Servitutbestellung war. Doch nur wirkliche Bauten sind verboten, d. h. solche Veränderungen, welche durch dauernde Verbindung von Baumaterialien (Holz, Steine, Erde u. s. w.) mit dem Grund und Boden bewerkstelligt werden, wogegen die Anpflanzung einzelner Bäume oder eines ganzen Baumgartens, wenn dadurch auch ein Theil des Horizonts verdunkelt wird, troß dieser Servitut durchaus gestattet ist[c]). Denn das galt nicht als eine Erhöhung des Grundstücks selbst, als ein altius tollere[d]).

Die *servitus ne luminibus officiatur* verleiht, wie **Paulus** sagt[e]), hauptsächlich auch die Befugniß, den Höherbau auf dem dienenden Grundstück zu verhindern, beschränkt sich aber darauf nicht, sondern verbietet auch, dort irgend welche Bäume zu pflanzen, durch welche die lumina beeinträchtigt werden können, nur daß hier noch immer der Untersuchung Raum gegeben werden soll, ob nicht etwa der Schatten, welchen die Bäume verbreiten, für das herrschende Haus nicht nachtheilig, sondern in seinem wahren Interesse ist, in welchem Falle der Servitutberechtigte nicht etwa bloß zur Chikane Niederschlagen der gepflanzten Bäume fordern soll[f]). Der Grund, warum diese Untersuchung nur bei der Pflanzung von Bäumen, nicht auch bei einem Höherbau erfordert wird, mag darin beruhen, daß es auch bei italienischem Klima nie als ein allgemeiner, von jedem anerkannter Vortheil angesehen wurde, wenn ein Haus gleichmäßig das ganze Jahr hindurch durch andere Gebäude von der Sonne abgeschnitten und in Schatten gesetzt war, während dagegen die Vermuthung dort immer nahe lag, daß Bäume, welche nur in den

c) L. 12 daselbst.

d) Die *servitus altius tollendi* haben wir schon oben § 39, S. 345 zu erklären gesucht.

e) L. 4 de S. P. U. 8, 2 . . . hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.

f) L. 17 pr. de S. P. U. 8, 2.

warmen Jahreszeiten einen dichten Schatten gegen die Sonne boten, sonst aber genügendes Licht durchließen, keine Belästigung des herrschenden Grundstücks, sondern ein Vortheil für dasselbe sein könnten, und daß daher die Constituenten bei der Servitutbestellung die Pflanzung dieser möglicher Weise nicht untersagt haben wollten. Doch nur eine Vermuthung spricht dafür, und wo im einzelnen Falle ein solcher Vortheil nicht erkannt wird, da wird die allgemeine Fassung dieser Servitut dafür sprechen, daß auch das Pflanzen von Bäumen verboten sein soll, wenn diese irgend das Licht behindern, und besonders, wenn grade der ungehemmte Zutritt der Sonnenstrahlen für den besondern Zweck des Hauses ein nöthiges Erforderniß ist [wie beim heliocaminus oder solarium][g]). Das Abschlagen von Bäumen kann dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf Grund dieser Servitut natürlich nicht untersagt werden, da sie ja nur zur Erhaltung des jetzt vorhandenen Lichts nicht aber auch zur Gewährung des seitherigen Schattens verpflichtet[h]), wohl aber kann nach Ulpians Ausführung in l. 17 § 2 de S. P. U. 8, 2 das Abreißen eines Gebäudes mitunter gegen diese Servitut verstoßen, wenn nämlich, wie es in jener Stelle heißt „κατὰ ἀνταυάκλασιν vel pressura quadam lumen in eas aedes devolvatur", d. h. wohl, wenn ein Reflex von jenem Gebäude zur Vermehrung der Helligkeit beiträgt.

Bei der engen Beziehung von „lumina" auf die Fenster des herrschenden Gebäudes entstand die Frage, ob bloß die gegenwärtig vorhandenen, oder auch die, welche etwa künftig nach der Seite des dienenden Grundstücks hin angelegt werden sollten, in Folge dieser Servitut zu schützen seien. Da Servituten schon zum Schutz künftiger Häuser bestellt werden können, so unterlag es noch weniger einem Zweifel, daß auch im Voraus ein solcher Schutz für projectirte oder überhaupt nur mögliche Fensteranlagen in einem schon vorhandenen Hause errichtet werden kann[i]), und wie Pomponius in l. 23 de S. P. U. sagt, soll, wenn die Servitut allgemein constituirt ist, für

g) L. 17 pr. de S. P. U. 8, 2.
h) L. 17 § 1 daselbst.
i) L. 22 daselbst.

eine Ausdehnung derselben auf die künftigen Fensteranlagen vermuthet werden, da es billiger [humanius] sei, daß auch diese in dem Wort lumina einbegriffen seien. Nur wo man zur Constituirung die Formel gebraucht hatte: „Lumina, quae nunc sunt, ut ita sint", war die Beziehung auf die augenblicklich vorhandenen Fenster zu entschieden ausgesprochen, um einer mildern Erklärung Raum zu geben[k]).

Die *servitus ne prospectui officiatur*[l]) oder *ne prospectus offendatur*[m]) hat in so fern einen weitern Umfang, wie die eben besprochene Servitut, als sie nicht bloß jede Veränderung verhindert, welche das Licht abschließt, oder wie Paulus in l. 16 de S. P. U. sagt, es verhindert, daß man den Himmel sieht, sondern auch jede andere Anlage untersagt, wodurch der Gesichtskreis gemindert wird, so daß denn auch das Pflanzen von Baumgärten auf dem dienenden Grundstück ohne weitere Untersuchung als gegen die Servitut anstoßend erklärt wird[n]). Insbesondere darf aber keine Anlage gemacht werden, welche einen störenden und unangenehmen Eindruck macht, da, wie Ulpian in der l. 15 sagt, nicht nur der liber prospectus, sondern auch der gratior prospectus nicht gehindert werden darf. Daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf Grund dieser Servitut behindert werden kann, Mauern einzureißen, Bäume zu schlagen oder dergl., weil solche etwa Gegenstände verdecken, die einen störenden und häßlichen Anblick gewähren, wird nirgends gesagt, und der Name spricht dagegen, da darnach nur das Bereiten eines Hindernisses verboten erscheint. — In der l. 12 daselbst ist der Ausdruck gebraucht *servitus de prospectu*, und das hat ältern und neuern Juristen Veranlassung gegeben, zwei verschiedene Aussichtsservituten anzunehmen, worauf sie dann willkürlich und darum in verschiedenster Weise den Inhalt der serv. de prospectu, von der sie nur den Namen kannten, bestimmen mußten. Selbst angenommen, daß sich hier zwei Formen gebildet hatten, so sind doch derartige

---

k) L. 23 pr. daselbst Ueber das ius luminibus officiendi siehe § 39 S. 345 ff.

l) L. 3 de S. P. U. 8, 2.

m) L. 15 daselbst.

n) L. 12 daselbst.

Untersuchungen boden- und haltungslos, so lange ihnen alles Material fehlt, und der bloßen Vermuthung aller Boden überwiesen ist; gegen jene Annahme spricht aber schon der Umstand, daß in den wenigen Stellen[o]), die von der serv. ne prospectui officiatur unzweifelhaft handeln, sie bald so, bald aber auch ne prospectus offendatur genannt wird, so daß sich also ein bestimmter Name und eine bestimmte Errichtungsformel für diese Servitut noch nicht sicher ausgebildet hatte, und daher die Bezeichnung derselben durch serv. de prospectu um so erklärlicher wird. Ebenso verhält es sich mit der von Justinian in § 2 J. de actonib. 4, 6 gebrauchten Bezeichnung serv. prospiciendi.

Was wir aber über die Streitigkeiten hinsichtlich der serv. de prospectu gesagt haben, gilt in noch weit erhöhtem Grade von denen über die vielbesprochene *servitus luminum*. Paulus sagt nämlich in l. 4 de S. P. U. 8, 2:

> Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Quum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur etc.

Daß die serv. luminum von der serv. ne luminibus officiatur verschieden ist, kann nach dieser Stelle nun allerdings nicht geleugnet werden, und worin sie besteht, läßt sich, da sie sonst im Corpus Juris nicht erwähnt wird, mit absoluter Gewißheit schwerlich feststellen. Die Worte dieser Stelle machen es aber wahrscheinlich, daß ebenso, wie nach der l. 40 de S. P. U. 8, 2 (vgl. § 45 Anm. m) ein Nachbar Fenster in der gemeinschaftlichen Wand haben und dadurch sein Licht etwa von dem Hofe des Nachbaren erhalten kann, so auch vermöge dieser Servitut da, wo die Scheidewand im alleinigen Eigenthum des einen Nachbaren steht, diesem die Verpflichtung auferlegt werden kann, zu dulden, daß der andere Fenster hineinbreche, um auf diese Weise sein unmittelbar an die Mauer angelehntes Haus zu erhellen[p]). Daß derartige Anlagen im römischen Leben vorkamen,

---

o) L. 3 und l. 15 de S. P. U. 8, 2; l. 12 § 2 und 3 C. de aedif. priv. 8, 10.

p) Die serv. luminum wird dann häufig mit der serv. tigni immittendi oder auch mit der serv. oneris ferendi verbunden gewesen sein, da der Nach-

wird uns in einer Codexstelle von Diocletian und Maximian ausdrücklich berichtet[q]). Man will nun freilich häufig, wenn man auch diese Auffassung der servitus luminum theilt, den hauptsächlichsten Fall ihrer Anwendung bei der gemeinsamen Mauer finden, wo das Recht des einen Nachbars zur Immission von Fenstern eine solche servitus luminum sein soll; wie aber nirgends Servituten zu Gunsten eines der Interessenten eines paries communis ausdrücklich erwähnt, vielmehr, wenn auch von einem ius zur selbständigen alleinigen Vornahme einzelner Eigenthumshandlungen die Rede ist, dieses doch nur mit einer actio communi dividundo nicht mit einer confessorischen Klage geschützt wird, haben wir im § 45 S. 425 ff. ausgeführt, und glauben daher die servitus luminum der l. 4 cit. allein von den Fenstern in einer fremden Mauer verstehen zu müssen.

Doch dieses Resultat ist durchaus kein unangefochtenes. Zweifel daran werden besonders gestützt auf eine Stelle des westgothischen Epitomes aus Gaius [§ 3 de rebus II, 1], wo es heißt:

> Praediorum urbanorum iura sunt . . . . altius erigendae domus aut non erigendae et luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat.

Man hat nun die verschiedenartigsten Wege eingeschlagen, um die Beschreibung der serv. luminum in dieser Stelle mit der Angabe von Paulus in l. 4 cit. in Uebereinklang zu bringen, und Jahrhunderte hindurch und bis in die neuste Zeit ist ein lebhafter Kampf über das eigentliche Wesen dieser Servitut geführt, der eine Reihe mannigfacher Erklärungen derselben zu Tage gefördert hat[r]). Und dieser Kampf war um so lebhafter, als man meisten Theils von der unrichtigen Voraussetzung ausging, als ob unser Rechtsleben an die in Rom ausgebildeten Servitutenformen gebunden sei, und daher jeder bestrebt war, in diese misterieuse serv. luminum wo möglich

---

der durch diese erst das Recht erwerben mußte, sein Haus unmittelbar mit der fremden Wand zu verbinden.

q) L. 8 C. de serv. 3, 34 . . . . In pariete vero tuo si fenestram Iulianus vi vel clam fecisse convincatur, sumtibus suis opus tollere et integrum parietem restituere compellitur.

r) Die neuste Uebersicht über die sämmtlichen Erklärungsversuche findet sich in Vangerow's Leitfaden Bd. I § 342 Anm. 1.

alles das hineinzulegen, wofür das bei uns vielfach anders gewordene Leben einer Servitut bedürftig erschien. Seitdem man zu der Einsicht gelangt ist, daß die im Corpus Juris genannten Servituten keineswegs die einzig möglichen sind, und ihre Zahl beliebig ergänzt werden kann, hätte man den Streit über die serv. luminum als durchaus unpraktisch fallen lassen und eingestehen sollen, daß wenn wirklich die von dem epitomirten Gaius und die in l. 4 cit. erwähnte serv. luminum ein und dieselbe sein sollte, unser Material nicht hinreicht, um eine genügende Erklärung derselben in unzweifelhafter Weise hinzustellen. Dieser Stelle des Gaius aber gegenüber den oben erwähnten Anzeichen, welche für unsere Erklärung dieser Servitut sprechen, eine unbedingte Glaubwürdigkeit zuzugestehen, sind wir um so weniger genöthigt, als einmal dieser Titel des Gaius sehr viele Spuren der westgothischen Bearbeitung an sich zu tragen scheint, und diese leicht zwei im Urtext neben einander genannte Servituten, die serv. luminum und die serv. ne luminibus officiatur, durch Mißverstand in eine zusammengezogen haben kann, sodann es aber unsers Erachtens durchaus möglich sein kann, daß sich für die so selten erwähnte und darum auch wohl selten übliche serv. ne luminibus officiatur zu Gaius Zeiten noch kein allgemein anerkannter Name gebildet hatte, vielmehr kann man, da Pomponius uns in l. 23 de S. P. U. 8, 2 auch zwei Errichtungsformeln für diese Servitut nennt, nämlich die, wo der Ausdruck gebraucht war: ne luminibus officiatur, und die, wo gesagt war: lumina, quae nunc sunt, ut ita sint, bei Anwendung der letztern leicht zu der kurzen Bezeichnung serv. luminum gekommen sein, ohne daß man sich immer bewußt war, daß ein anderes seiner eigenthümlichen Voraussetzungen wegen gewiß nur sehr seltenes Verhältniß schon also bezeichnet wurde. Erst in Justinians Compilation, nicht im römischen Leben, mögen die Namen zu ausschließlich technischen geworden sein. Allein, wir widerholen, die ganze Frage hat eine zu untergeordnete Bedeutung, um hier Gegenstand eingehender Untersuchungen werden zu dürfen, da für die römische Auffassung des Servitutenbegriffs schwerlich irgend welche Folgerungen daraus gezogen werden können.

Erwähnt wird in l. 17 § 1 si serv. vindic. 8, 5 noch die Servitut, in Folge deren dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks untersagt war „positum habere"; sie soll nach dem Ausspruch von Alfenus die Befugniß ertheilen, die Aufstellung kleiner Wasserbehälter zu untersagen. Was aber der eigentliche Zweck dieser Servitut war, läßt sich aus der Stelle nicht genügend erkennen; möglich aber ist es, daß sie eine ähnliche Bildung war, wie die serv. altius non tollendi, und nur in so fern einen weitern Umfang hatte, als unter ponere auch das Pflanzen von Bäumen begriffen war*), und daher auch dieses auf Grund jener Servitut untersagt werden konnte.

---

*) L. 17 pr. de S. P. U. 8, 2.

Zweiter Abschnitt.

Die Personalservituten.

Erstes Kapitel.

Der Usus fruct.

§ 50.

Die Ausbildung der Lehre vom Usus fruct.

In der Einleitung dieses Werks [§ 2 S. 16 ff.] haben wir den Usufruct als die älteste römische Personalservitut dargestellt[a]) und versucht, uns ein Bild des Weges zu machen, auf welchem sich derselbe wahrscheinlich im Rechte Bahn gebrochen hat. Wir haben

a) Diese von den meisten Schriftstellern getheilte Ansicht ist freilich von G. F. Puchta [Pandekten 179, Cursus der Institutionen Bd. II § 255], dem Manche gefolgt sind, bestitten worden, indem er den Usus als die normale und ursprügliche Personalservitut hinstellt, die später bis zum Usufruct erweitert sei. Allein hiergegen spricht einmal, daß der Usufruct in weit ältern Quellen, wie der Usus, genannt wird und die Lehren vom Usufruct überall als die ursprünglichen dargestellt werden, die auf den Usus erst später ausgedehnt sind (vgl. § 2). Sodann ist aber auch der von Puchta angenommene Entwicklungsgang durchaus unwahrscheinlich, weil wir sonst der bewußten Fortbildung des Servitutenrechts schon für sehr frühe Zeit einen großen Spielraum anweisen müssen. Denn ist der Usus in Folge seiner größern Verwandschaft mit den Realservituten vor dem Usufruct entstanden, so hat die Wissenschaft vermöge einer Abstraction aus den einzelnen Realservituten, nicht aber das Bedürfniß des Verkehrs, der sich dieses Instituts nie sehr bemächtigt zu haben scheint,

dort auch schon den Zweck dieser Rechtsbildung darin gesucht, daß einem Nichteigenthümer die Vortheile des Eigenthums zeitweilig zu Theil werden sollen, ohne daß jedoch die Sache selbst dadurch ein Theil seines Vermögens werden und ihrem seitherigen Eigenthümer gänzlich entfremdet sein soll. Demgemäß bezeichneten die Römer dieses Verhältniß auch in der Weise, daß sie die beiden Richtungen hervorhoben, in welchen die Körperwelt unser Bedürfniß zu befriedigen vermag, und es so usus nannten, weil es die Befugniß gewährt, die Sache selbst unmitttelbar für unsere Zwecke anzuwenden, und fructus, weil es uns ermächtigt, uns ihre Erzeugnisse unterthan zu machen. So deutete auch schon der Name an, wie die Herrschaft nicht die Sache selbst, sondern nur die Wirkungen derselben treffe. Der *ususfructus*, wie der *usus et fructus* in alter Weise contrahirt wurde, ohne diese Bezeichnung gänzlich zu verdrängen, wird demgemäß auch in den Quellen wiederholt definirt als das „ius alienis rebus utendi fruendi, *salva rerum substantia*[b])", wo die Schlußworte nicht nur heißen, daß durch den Gebrauch die Sache nicht verbraucht werden soll, wie man sie gewöhnlich auffaßt[c]), sondern

---

dasselbe geschaffen. und das war um so schwieriger für die ältere Wissenschaft, als bei der fortwährenden Collision der Rechte des Eigenthümers und des Usuars von vorne herein eine weit detaillirtere und gründlichere Regelung dieser Verhältnisse nöthig war, als sie bei den seither üblichen Realservituten erforderlich gewesen sein mochte. Nun war aber, wie wir im § 2 ausgeführt haben, der Ususfruct schon allerspätestens zu Ciceros Zeiten allgemein anerkannt und völlig ausgebildet, der Usus also, aus dem jener hervorgegangen sein soll. mußte noch weit älter sein, und darnach die Jurisprudenz schon sehr frühe zu einer großen Freiheit in der Rechtsbehandlung gelangt sein, während dagegen manche der Rusticalservituten, zu denen man doch von den Wege- und Wasserleitungsservituten viel leichter gelangen konnte, als zum Usus, erst zur Zeit der klassischen Juristen zur Anerkennung gelangen mochten.

Nimmt man mit uns eine ganz selbständige und unabhängige Entstehung des Ususfructs an, so erklärt es sich leicht, wie durch Abschwächung desselben der Usus geschaffen werde, der so den Uebergang zu den seither ganz fremd dastehenden Realservituten bildete.

b) Pr. J. de usufr. II, 4; l. 1 de usufr. 7, 1.

c) Siehe die umständlichen Erklärungen dieser Worte in Glücks Commentar Bd. 9. S. 159 ff.

auch wohl darauf hinweisen mögen, wie die Herrschaft über die Substanz der Sache unverändert und unberührt beim Eigenthümer verbleibt.

Von Anfang an mußte sich nun aber bei einem solchen Verhältniß die Beobachtnng aufdringen, wie die Art und Weise, in welcher es von dem Berechtigten ausgebeutet wird, dasselbe gar verschieden gestalten kann, wie der Gebrauch und der Fruchtgewinn, den ein Usufructuar macht, dem ganz unähnlich sein kann, welchen der Eigenthümer der Sache wahrscheinlich davon gemacht haben würde, da jenem nicht die Sorge für die Zukunft und für möglichst lange Erhaltung der Nutzen gewährenden Eigenschaften eine Schranke auferlegt, sondern sein Interesse zu einer möglichsten Anstrengung der Nutzbarkeit und der Productionsfähigkeit der Sache für die kurze Dauer seines Rechts räth, und wie daher eine ungemilderte und ungebundene Ausübung der in dem Usufruct enthaltenen Befugnisse meistens der Absicht der Constituenten, die ja nur gewähren wollten, was der Eigenthümer aus der Sache gezogen haben würde, gar nicht entsprechen kann. Dazu kam nun noch, daß man von Anfang an erkennen mußte, wie der Eigenthümer mit den Klagen, die ihm in Folge seines Eigenthums zustehen, nicht genügend gegen widerrechtlichen Schaden gesichert ist, sobald ein Usufruct an der Sache besteht. Allerdings kann er nach Beendigung desselben durch Anstellung der Eigenthumsklage wieder die ausschließliche Detention der Sache erhalten, er kann ferner wegen widerrechtlicher positiver Beschädigungen, die der Usufructuar der Sache, ohne dazu durch den Usufruct berechtigt zu sein, zugefügt hat, die Aquilische Klage[d]), beziehungsweise die *actio servi corrupti* oder die *actio iniuriarum*[e]) anstellen, auch bei eigenmächtigen Bauten auf dem im Usufruct befindlichen Grundstück das interdictum quod vi aut clam[f]) brauchen, aber das Alles schützt noch nicht gegen den Schaden, der durch Unterlassen des Usufructuars entsteht. Solchen vermochte der Eigenthümer aber um so weniger abzuwehren, als ihm selbst für die

d) L. 13 § 2, l. 15 § 3 de usufr. 7, 1.

e) L. 66 de usufr.

f) L. 13 § 2 de usufr.

Dauer des Usufructs die Detention der Sache und damit die Möglichkeit, nach Belieben auf dieselbe einzuwirken, entzogen war, er also z. B. kein Mittel hatte, das schadhafte Dach zu repariren und es daher ruhig mitansehen mußte, wie durch den Regen sein Haus zu Grunde gerichtet wurde, oder er das im Usufruct befindliche und daher vom Usufructuar eingeschlossene Thier nicht gegen den Hungertod schützen konnte[g]). Wer daher einen Usufruct constituiren wollte und sich das dadurch entstehende Rechtsverhältniß im Voraus nur einiger Maaßen klar gemacht hatte, mußte alsbald gegen diese Mißstände Abhülfe zu schaffen suchen, und dazu gab es kein besseres Mittel, als daß er dem Usufructuar, von dessen Person sich das Recht ja damals nicht trennen ließ, eine persönliche Verpflichtung auflegte, die Sache nur so benutzen, wie es die Absicht des Constituenten gewesen war, d. h. also, wo der besondere Fall nicht Anhaltspunkte dafür bot, daß eine besondere Benutzungsweise beabsichtigt sei, so, wie ein jeder sorgsamer Eigenthümer mit seiner eigenen derartigen Sache verfahren werde, und ferner die Verpflichtung, alle die Handlungen vorzunehmen, welche erforderlich sein würden, um die Sache künftig nach beendigtem Usufruct dem Eigenthümer in gehörigem Stande zurückerstatten zu können. Da aber der Usufruct, wie im § 2 ausgeführt ist, zuerst nur durch testamentarische Disposition errichtet zu sein scheint, und zwar in der Weise, daß er jemanden als Legat vermacht wurde, der Legatar aber in älterer Zeit nicht wieder onerirt werden durfte[h]), so konnte der Constituent nicht sofort verfügen, der Usufructuar solle hierzu verpflichtet sein, sondern er konnte die freiwillige Uebernahme dieser Verpflichtung nur als die Bedingung seiner Disposition hinstellen, und also etwa sagen: Titius usumfructum habet stipulatione interposita etc.

So mochte die cautio usufructuaria zuerst durch die Sitte bei dem durch Legat entstandenen Usufruct eingeführt sein; diese Sitte erkannte der Prätor dadurch an, daß er in seinem Edicte erklärte, er werde überall, wo ein Usufruct legirt sei, die Bedingung der

g) Vgl. l. 13 § 2 de usufr.
h) Gaius II § 260 und § 271.

Cautionsleistung als selbstverständlich suppliren[i]), und diese Bestimmung wurde nicht nur auf Fideicommisse ausgedehnt[k]), sondern, da man angefangen hatte, durch Geschäfte unter Lebenden dasselbe Institut, wie es das Legatenrecht wohl zuerst erzeugt hatte, nunmehr auch frei zu constituiren, und da unmittelbar durch eine in iure cessio, wodurch die Errichtung in diesem Falle geschah, eine Verpflichtung für den Usufructuar nicht entstehen konnte, und man daher die bei Legaten üblich gewordene Verpflichtungsform herübernahm, so wurde auch hier jene Bedingung des Errichtungsgeschäfts supplirt[l]).

Die Caution, welche der Prätor forderte, mußte ein doppeltes Element enthalten, einmal mußte darin ein ordnungsmäßiger Gebrauch gelobt werden und dann die Restitution der Sache nach beendetem Usufruct. Es scheint aber kaum, daß der Prätor eine unwandelbare Formel für diese Stipulation ein für alle Mal aufgestellt habe, vielmehr lassen viele Stellen, welche sich bei Feststellung der Obliegenheiten des Usufructuars an die in der Caution gebrauchten Worte anzuschließen scheinen, sowie einzelne Stellen, welche den Inhalt der Caution wieder geben wollen, eine gewisse Mannigfaltigkeit in der Form erkennen, und so scheint in dem ersten Theil bald gelobt zu sein, den Usufruct „arbitrio boni viri[m])“ oder „sicut vir bonus[n])“ auszuüben, bald „omnia se usurum ac si optimus pater familias uteretur[o])“ auch wohl „ceteraque se facturum, quae in re sua faceret[p])“, bald „quod nullam laesionem ex usu proprietati afferat[q])“; endlich mochte auch bei einem Usufruct an einem Grundstück versprochen werden, recte colere[r]). Für den zweiten Theil werden uns weniger mannigfache Formeln überliefert.

---

i) L. 1 pr. usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

k) L. 1 § 2 daselbst.

l) L. 1 § 2 daselbst.

m) L. 9 pr. l. 13 pr. § 6 und § 8, l. 27 § 5 de usufr. 7, 1; l. 1 pr. § 3, l. 12 usufr. quemadm. caveat. 7, 9; l. 18 § 2 de damn. inf. 39, 2.

n) L. 15 § 4 de usufr.

o) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 27; § 38 J de rer. div. II, 1.

p) L. 1 § 3 de usufr.

q) L. 4 C. de usufr 3, 33.

r) § 38 J de rer. div. II, 1; l 9 pr. l. 13 § 8 de usufr.

Es heißt nur, der Usufructuar solle geloben, „quum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit[s]). An einer andern Stelle[t]) wird aber gesagt, daß bei einem Usufruct an fungibeln Sachen bei der Stipulation gefragt werden müsse: „quum morieris, aut capite minueris, dari" weil dies die beiden einzigen Fälle seien, in denen ein solcher Usufruct erlösche, so daß es also möglich gewesen ist, daß mitunter alle Erlöschungsfälle des Usufructs statt der allgemeinen Wendung: quum ususfructus pertinere desinet, erwähnt wurden. Ulpian berichtet uns endlich noch[u]), daß der Formel eine in rem concipirte clausula doli zugefügt sei, wodurch also das ganze Obligationsverhältniß den Charakter eines negotium bonae fidei annahm.

Wenn nun aber auch die Worte der Caution willkürlich gewählt waren, so ist doch allen jenen Formeln des ersten Theils gemeinsam, daß darnach die Art und Weise des Gebrauchs und das Maaß, bis zu welchem der Usufructuar gehen darf, nicht mehr allein von seinem individuellen Ermessen abhängt, sondern einer objectiven Norm unterworfen ist, die specieller als das arbitrium boni viri bezeichnet wird, und die demnach in dem gefunden werden soll, was in jener Zeit und in jenem Lande üblich ist. So wie ein verständiger Mann seine eigene derartige Sache brauchen und für ihre Unterhaltung sorgen wird, so soll auch der Usufructuar verfahren, und wenn er nicht so verfährt und die Sache dann in Schaden kommt, so ist es seine Schuld, daß er den zweiten Theil der Caution nicht befolgen und nicht restituiren kann; er haftet daher für den daraus erwachsenden Schaden.

Dies ist das Princip, welches dem Usufruct durch die Caution zu Grunde gelegt ward; es war nun die Aufgabe der Jurisprudenz dieses zu zergliedern und in Rechtssätze aufzulösen, wie sie das

s) L. 1 pr. usufr. quemadm. caveat.

t) L. 7 § 1 daselbst.

u) L. 5 pr. usufr. quemadm. 7, 8: Huic stipulationi dolum malum abesse abfuturumque esse continetur; et quum in rem sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, successorum et adoptivi patris.

tägliche Leben bedurfte. Treu ihrem ganzen Charakter bewerkstelligte sie dieses nur selten dadurch, daß sie abstract gehaltene Regeln aufstellte, die für alle Fälle des Usufructs anwendbar waren, und finden wir davon etwa nur folgende:

> Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest[v]),

ferner:

> Proprietatis dominus securus esse debet de proprietate[w]),

und für die eine Klasse von Usufructen noch diese:

> In omnibus rebus mobilibus modum eum [sc. usufructuarium] tenere debere, ne sua feritate vel saevitia sua corrumpat[x]).

Vielmehr untersuchten die Juristen sofort, wie sich der Usufruct an den einzelnen Sachen gestalte, an welchen er vorzugsweise im römischen Leben verliehen zu werden pflegte, und so ist uns denn eine große Fülle von Bestimmungen über solche einzelne Fälle nach Art unserer Quellen in einem bunten Durcheinander überliefert. Es wird nun unsere Aufgabe sein, dieselben in systematischer Folge wiederzugeben, und sie auf die leitenden Gesichtspunkte zurückzuführen.

§. 51.

Berechtigung des Usufructuars. Art des Gebrauchs.

Die Befugnisse des Usufructuars lassen sich, wie schon erwähnt, in zwei Klassen theilen, je nachdem sie unmittelbar an der Sache selbst geübt werden (*usus*) oder erst die Erzeugnisse derselben ergreifen (*fructus*). Dies ist jedoch keineswegs eine scharfe Scheidung, und es ist durchaus nicht nöthig, daß ein jeder Usufruct beide Elemente enthalte. Denn es giebt gar viele Sachen, die, wenn wir sie unmittelbar für unsere Zwecke verwenden, gar keine weitere Erzeugnisse haben können, und die daher Ulpian in l. 64 de R.

---

v) L. 13 § 4 de usufr. vgl. l. 15 § 6 daselbst und l. 1 § 3 usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

w) L. 13 pr. de usufr.

x) L. 15 § 3 de usufr.

V. 6, 1 als „res, quae usui, non fructui sunt“, bezeichnet, und auf der andern Seite ist es doch wieder dadurch, daß das Recht den Begriff der fructus civiles aufgestellt hat, möglich geworden, auch bei solchen Sachen statt des usus den fructus zur Geltung zu bringen, indem wir die Befugniß, zu gebrauchen, nicht mehr selbst üben, sondern durch einen Andern gegen ein Entgeld üben lassen, und so für unsere Person aus der Sache nur durch den Erwerb der Erzeugnisse (denn als solches gilt der Miethzins) Nutzen ziehen[a]). Gleichwohl aber wird es für die Darstellung von Nutzen sein, wenn wir bei Untersuchung des Inhalts der usufructuarischen Berechtigung beide Elemente scheiden, und zuerst die Frage behandeln, in welcher Weise der Usufructuar und die von ihm Beauftragten die Sache benutzen müssen, und wie weit sie darauf einwirken können, und dann zweitens [im folgenden Paragraphen] feststellen, was sie sich von den Erzeugnissen derselben aneignen dürfen.

Was jene erste Frage anbetrifft, so hat der Ususfruct, wie wir gesehen haben, dem Zweck einem Nichteigenthümer zeitweilig die Vortheile des Eigenthums zu sichern, und so ist es denn auch, um ihn auszuüben mit Nothwendigkeit erforderlich, daß der Usufructuar einstweilen in dasselbe factische Verhältniß zu der Sache trete, wie er es als Eigenthümer kraft eines unbeschränkten Eigenthums würde fordern können, oder mit andern Worten, daß der Usufructuar die Detention der im Usufruct stehenden Sache habe. So wird ihm denn auch neben der quasi possessio iuris eine naturalis possessio der körperlichen Sache zugesprochen[b]), und die Rechtsmittel, welche ihn in der Ausübung der Servitut sichern, müssen ihn auch zugleich in dieser Detention der Sache schützen, so daß er dadurch in die

---

a) Der Name ususfructus wird auch in solchen Fällen regelmäßig beibehalten, da er dann doch immer das Recht zum usus aut fructus giebt. Weil aber das Recht auf den Fruchtbezug in dem weitern auch auf die fructus civiles ausgedehnten Sinne grade das ist, was den Ususfruct von der ähnlichen Bildung des Usus unterscheidet, so wird auch der Ususfruct mitunter als „fructus“ bezeichnet, vgl. Paul. rec. sent. III, 6 § 24; l. 14 § 1 de usu 7, 8; l. 41 de usu leg. 33, 2 u. a. a. O.

b) L. 12 pr. l. 49 pr. l. 52 pr. de acq. vel amitt. poss. 41, 2.

factische Möglichkeit gesetzt ist, stets unmittelbar ganz nach Belieben auf die Sache einzuwirken[c]). Thut er das nun auch in einer Weise, welche seine Nutzungsbefugniß weit überschreitet und gradezu eine Verletzung des Rechts des Eigenthümers enthält, so darf dieser ihn doch nicht mit Gewalt daran verhindern, weil derselbe gegen den Willen des Usufructuars durchaus nicht mehr auf den Körper der Sache einwirken darf[d]), solche Einwirkung aber in dem Gewaltakte

---

c) Wenn wir dem Usufructuar ganz allgemein die Detention der körperlichen Sache zusprechen, so erinnern wir daran, daß wir hier nur von dem normalen Usufruct, wie er sich in Rom ausgebildet hatte, und wie er uns in den Quellen überliefert wird, zu reden haben. Werden ihm zu Gunsten des Eigenthümers Attribute entzogen, oder wird er gar zu einer einzelnen nach Art der Realservituten eng umgrenzten Befugniß, wie das nach § 20 S. 184 ff. möglich ist, so ist er keineswegs immer mit der Detention der körperlichen Sache verbunden, und es wird erst jedesmal nach den besondern Voraussetzungen des einzelnen Falls zu untersuchen sein, ob die Sache nach dem Willen der Constituenten ganz dem Servitutberechtigten anvertraut oder beim Eigenthümer zurückbleiben soll. Es wird sich in der Hinsicht häufig ähnlich verhalten, wie beim Usus, wo sich auch eine allgemeine Regel über die Detention nicht geben läßt.

d) Pomponius stellt hier in einer Hinsicht einen andern Grundsatz auf. Er gestattet nämlich in l. 16 § 1 de usu 7. 8. dem Eigenthümer das Grundstück oder Gebäude durch einen **saltuarius** oder **insularius** gegen den Willen des Usufructuars oder Usuars bewachen zu lassen. „**Interest enim eius**", fährt er fort „**fines praedii tueri**". Damit gestattet er aber auch, daß der Wächter das im Usufruct stehende Grundstück betreten kann; denn eine Bewachung des Grundstücks von außen ist, wie sich von selbst versteht, jedem frei gestellt, und hätte der Jurist nur eine solche zugestehen wollen, so wäre seine ganze Bemerkung im höchsten Grade überflüssig. Einen genügenden Grund für diesen Eingriff in die ausschließliche Detention des Usufructuars vermögen wir aber nicht aufzufinden; denn daß der Eigenthümer ein Interesse an dem Schutz der Grenzen hat, ist zwar wahr, aber diesem Interesse wird schon dadurch genügt, daß dem Usufructuar in Folge seiner Caution die Verpflichtung zur **custodia** auch in dieser Beziehung obliegt, und im Unterlassungsfall von ihm Entschädigung beansprucht werden kann. Eine weitere Garantie wird dem Eigenthümer in allen andern Beziehungen nicht gewährt, und z. B. hat er bei einem Usufruct an beweglichen Sachen keinerlei Zwangsmittel, um während der Dauer des Usufructs eine Production der usufructuarischen Sache zu erzwingen, und ver-

immer enthalten sein wird, so daß also darin auch eine Störung des Usufructuars in der ihm zustehenden Befugniß liegen würde. Ganz anders verhält sich das bei den andern Servituten, wo die Detention der körperlichen Sache beim Eigenthümer verbleibt. Denn wenn ich z. B. in Folge einer Wegeservitut einen Weg nur mit einer bestimmten Art von Wagen benutzen darf, und nun auf demselben Wege gegen die lex servitutis ausnahmsweise mit einer andern Art von Wagen fahren will, so kann der Besitzer des betreffenden Grundstücks mich gewaltsam daran verhindern, weil ich damit in seinen Besitz der körperlichen Sache eingreife, und dem Servitutberechtigten wird dann weder die dingliche Klage noch das interdictum de itinere actuque privato, welches nur die seitherige Art und Weise der Ausübung schützt, zur Seite stehen[e]). Würde der Eigenthümer aber also dem Usufructuar entgegen treten, so würde dieser, so unrechtmäßig auch immer die gewaltsam gestörte Handlung sein möchte, sich dagegen mit den Besitzinterdicten schützen können. Dem scheint freilich die l. 15 § 6 de usufr.[f]) zu widersprechen, die das Princip des eingenmächtigen Widerstandes gegen unberechtigte Handlungen des

---

mag sich daher auch nicht zu überzeugen, ob sie noch vorhanden ist, und ob der Usufructuar seinen Verpflichtungen nachkommt. In Erwägung dieser Analogieen erscheint es uns sehr zweifelhaft, ob der von Pomponius ausgesprochene Satz den Beifall aller römischen Juristen erlangt haben würde, und scheint er uns nur auf Geltung Anspruch zu haben, weil er geschrieben steht, nicht seiner Consequenz und innern Richtigkeit wegen.

e) L. 4 § 1, l. 5 § 1 de itin. actuque 43, 19. Vgl. l. 1 § 15, 17 und 18 de aq. quot. 43, 20; l. 14 si serv. vindic. 8, 5.

Ueber das anscheinend abweichende Prinzip der l. 29 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2 werden wir bei Besprechung anderer Fragen eingehender handeln müssen.

f) Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. De quibusdam plane dubitatur: *si cum uti prohibeat, an iure id faciat*, ut puta doliis, si forte fundi ususfructus sit legatus. Et putant quidam, et si defossa sint, uti prohibendum; idem et in seriis, et in cuppis, et in cadis et amphoris putant; idem et in specularibus, si domus ususfructus legetur. Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus contineri.

Usufructuars nicht absolut zu verwerfen scheint, sondern es nur in dem vorliegenden Fall nicht angewendet haben will. Allein in dieser Stelle wird nicht mit Nothwendigkeit vorausgesetzt, daß der Usufructuar sich schon in den Besitz der ganzen im Usufruct befindlichen Sache gesetzt habe, sondern es ist hier wohl nur die Rede davon, wie weit der Eigenthümer die Inbesitznahme des Usufructuars dulden müsse, und wo er beginnen dürfe, sich derselben zu widersetzen. Da sagt nun eben Ulpian, die Inventarstücke des Gutes dürfe der Usufructuar der Regel nach mit in Anspruch nehmen; wenn er aber auch die benutzen wolle, an denen ihm der Usufruct ausdrücklich untersagt sei, dürfe sich der Eigenthümer widersetzen, d. h. vorausgesetzt, daß die Detention derselben noch beim Eigenthümer oder wenigstens noch nicht beim Usufructuar ist. Ist dies aber der Fall, so wird er nur seine Eigenthumsklage auf Herausgabe der mit Unrecht vom Usufructuar in Beschlag genommenen Sachen anstellen können.

Weiter könnte man aber auch die l. 9 § 5 de damn. inf. 39, 2 anführen wollen, um dem Eigenthümer die Befugniß zum eigenmächtigen Widerstand gegen Uebergriffe des in der Ausübung befindlichen Usufructuars zu vindiciren, indem Ulpian dort sagt:

> Idem [Celsus] ait, eum quoque fructuarium, qui non reficit, *a domino uti frui prohibendum.*

Allein eine eigenmächtige Vertreibung des Usufructuars durch Selbsthülfe des Eigenthümers steht zu sehr mit dem ganzen Rechtszustande und mit der ganzen staatlichen Ordnung im Widerspruch, als daß wir eine Befugniß dazu anerkennen können, wo sie nicht in ausdrücklichster Weise ausgesprochen ist, und irgend eine andere Auffassung möglich erscheint. Dafür aber, daß die obige Stelle keine Selbsthülfe gestatten, sondern nur aussprechen wollte, daß der Eigenthümer unter den dortigen Voraussetzungen ein prätorisches Gebot erzielen kann, welches dem Usufructuar die Ausübung des Usufructs entzieht, kann man sich auf die singulären Bestimmungen berufen, welche hinsichtlich baufälliger Häuser und des daraus drohenden Schadens bestehen, und welche, namentlich wenn das gefährliche Haus im Usufruct steht, mehrfach eine außerordentliche Thätigkeit des Richters erforderlich machen. Wir werden am Schlusse des § 53 darzustellen haben, wie dem Usufructuar durch die Im-

mission des Prätors der Ususfruct entzogen wird, wenn bedrohten Nachbaren auf ihr Anfordern keine cautio de damn. infecto bestellt wird, und wie weiter der Prätor dem Eigenthümer, welcher Dritten diese Caution für das usufructuarische Haus geleistet hat, dadurch zu Hülfe kommt, daß er dem Usufructuar, falls dieser nicht den ihm gebührenden Theil der Cautionslast übernehmen will, die Ausübung des Ususfructs entzieht. In gleicher Weise werden wir in dem Fall der l. 9 § 5 cit. annehmen müssen, daß bei der besondern Gefahr, welche durch die unterlassenen nöthigen Reparaturen und die dadurch herbeigeführte Baufälligkeit des Hauses entsteht, der Prätor dem Eigenthümer, dessen Interessen ja immer dadurch gefährdet sind, einen außerordentlichen Rechtsschutz gewährt, und zwar, da das sonst bei derartigen drohenden Schaden übliche Verfahren hier ungeeignet ist, indem die Bestellung einer cautio de damno infecto durch die usufructuarische Caution überflüssig gemacht ist, unmittelbar dadurch, daß er ihm die Ausübung des Ususfructs entzieht. Auch wenn Dritte Schaden befürchten müssen, kann es schließlich dahin kommen, daß dem Usufructuar der Ususfruct abgesprochen wird, und die größere Härte, die darin liegt, daß der Eigenthümer Einweisung in die unbeschränkte Herrschaft der Sache, so weit unsere Quellen reichen, ohne alle vorausgegangene Denuntiation fordern kann, und ohne daß vorher ein Dekret erlassen ist, wird dadurch gerechtfertigt, daß er hier einer positiven, durch die usufructuarische Caution übernommenen Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Außerdem vernichtet dieses prätorische Dekret, welches dem Usufructuar den Ususfruct wegen unterlassener Reparaturen entzieht, diesen wohl nicht gänzlich, sondern es wird dem Usufructuar die Befugniß geblieben sein, ihn durch Erstattung der inzwischen vom Eigenthümer aufgewandten Reparaturkosten wieder einzulösen. Dafür spricht auch die Analogie des Falls, wo Dritte, denen die caut. de damno infecto auf ihr Anfordern nicht bestellt ist, in das Haus immittirt sind, ohne daß an den Usufructuar die nöthigen Denuntiationen erlassen sind, und wo Letzterem die Befugniß zugestanden werden muß, den Ususfruct durch Erstattung der Reparaturkosten wieder einzulösen[g]). Diese ganze

g) Ausdrücklich ausgesprochen wird dies freilich ebenfalls nicht, wohl aber

Auffassung der obigen l. 9 § 5 wird auch dadurch bestätigt, daß Ulpian jenen Satz in unmittelbare Beziehung mit der Lehre von der cautio de damno infecto bringt, und daher das von ihm erwähnte Prohibirungsrecht des Eigenthümers Verwandtschaft mit dem haben muß, welches in Folge nicht bestellter Caution entsteht. Daher ist es also auch nicht durch Selbsthülfe zu realisiren, sondern nur durch Vermittelung des prätorischen Imperiums [h]).

Der Usufructuar hat demnach die ausschließliche Detention der körperlichen Sache, und ist damit factisch in den Stand gesetzt, in jeder beliebigen Weise auf die körperliche Sache einzuwirken, — er setzt sich aber den Ansprüchen des Eigenthümers aus, wenn er dabei die Schranken überschreitet, welche seiner Befugniß von vornherein in Gemäßheit des ausgesprochenen oder muthmaßlichen Willens der Constituenten gesetzt sind, und also da, wo die Art und Weise des Gebrauchs ihm ausdrücklich vorgeschrieben ist, diesen Vorschriften zuwider handelt, wo solche aber fehlen, gegen die Sache so verfährt, wie ein diligens pater familias unter den vorhandenen Umständen gegen seine eigene Sache derselben Art muthmaßlich nicht verfahren haben würde. Wenn so auf das arbitrium boni viri recurrirt wird, so wird damit nicht dem Usufructuar zugemuthet, stets allein das Beste der dienenden Sache unter Hintenansetzung seines eigenen

---

wird dem Pfandgläubiger in l. 44 § 1 de damn. inf. ein solches Wiedereinlösungsrecht zugestanden, und diese Analogie rechtfertigt die obige Entscheidung. Vergl. die weitern Ausführungen am Schluß des § 53.

h) Zachariä von Lingenthal (Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. 12 S. 284) will hierin einen Fall sehen, wo die formula prohibitoria, wie sie nach einem wahrscheinlich vom Antecessor Stephanus herstammenden Scholium neben der formula confessoria und der formula negatoria im prätorischen Edict aufgestellt gewesen sein soll, anwendbar war, allein, wie ich glaube, mit Unrecht. Denn die dort erwähnte Intention: si paret mihi ius esse prohibendi te uti frui, setzt eine auf dem Civilrecht basirte Befugniß zur Prohibition voraus, ein ius in dem strengen Sinne, wie es im prätorischen Edict gebraucht zu werden pflegt. Im Civilrecht werden wir aber vergebens nach einem Rechtsgrunde suchen, um dem Usufructuar, falls er nicht die nöthigen Reparaturen vornimmt, die Benutzung des Usufructs untersagen zu können.

Vortheils im Auge zu haben, oder auch nur mit der größtmöglichsten Sorgfalt und Einsicht auf Schonung derselben hinzuwirken, sondern hier, wie überall im Rechte, wo die Handlungsweise des bonus vir oder des diligens pater familias als Maaßstab für die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit einer Handlung hingestellt wird, ist es nicht das abstract Beste, was verlangt wird, vielmehr genügt es, da der vir bonus in den Anschauungen seiner Zeit, seines Landes und unter Umständen seines Standes stehen soll, wenn der Usufructuar die Handlungsweise einhält, welche die Sitte für derartige Sachen vorschreibt. Da aber der Grund dieser Bestimmung allein in dem muthmaßlichen Willen der Constituenten zu suchen ist, so fragt es sich, ob nicht da, wo der seitherige Eigenthümer der Sache diese in einer, mit der Sitte nicht übereinstimmender Weise gebraucht hat und solches den Constituenten bekannt war, wahrscheinlich der Wille derselben nur auf diese abweichende Benutzungsweise gerichtet war, und demnach diese vom Usufructuar einzuhalten ist, oder ob er der allgemeinen Sitte gemäß verfahren muß, oder zwischen beiden Möglichkeiten wählen dürfe. Eine allgemeine Regel wird sich hierfür nicht geben lassen, sondern wird aus den Umständen der jedesmalige wahrscheinliche Wille der Constituenten ermittelt werden müssen. So bestimmt die l. 15 § 4 et 5 de usufr., daß wenn der Usufructuar auch der Regel nach Kleider nicht vermiethen dürfe [quia vir bonus ita non uteretur], daß doch bei Trauer- und Theaterkleidern zulässig sein solle, auch wenn der Testator, welcher den Usufruct daran legirte, sie nur verliehen, nicht vermiethet habe. Ulpian entschied in dieser Weise, weil es einmal allgemeine Sitte gewesen sein wird, solche Kleider, die sehr selten gebraucht wurden, nur anzuschaffen, wenn man sie auch Andern überlassen wollte, ferner aber ein Usufruct daran und namentlich an Trauerkleidern einen unendlich geringen Werth gehabt haben würde, wenn man sie nur in den wenigen kurzen Momenten, wo man sie selbst tragen konnte, hätte brauchen dürfen [i]). Demnach sprach die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Testator dem Usufructuar gestatten wollte, so zu verfahren, wie die meisten Besitzer solcher Sachen verfuhren. Wäre dieser Schau-

---

i) Man trug sie nämlich nur bei dem Leichengepränge.

spieler gewesen, oder hätte ein Gewerbe davon gemacht, den Leichenbegängnissen beizuwohnen, so hätte die Entscheidung möglicher Weise anders ausfallen können. In l. 27 § 1 de usufr. wird dem Usufructuar gestattet, ein Haus als Laden zu verwenden, wenn schon der Eigenthümer es dazu verwandte, obgleich eine derartige Benutzungsweise regelmäßig die Befugnisse des Usufructuars überschreiten würde.

Betrachten wir nun aber die Fälle näher, wo der Usufructuar seine Handlungen lediglich nach dem, was Sitte ist, abzumessen hat, so müssen wir, um seine Befugnisse abzugrenzen, unterscheiden

1) die eigentliche Benutzung, d. h. die Handlungen, die bloß mit der Sache vorgenommen werden, weil sie unmittelbar vortheilhaft oder angenehm sind, und also ihren Zweck in sich selbst tragen [so das Reiten auf einem Pferd, das Wohnen in einem Hause] und

2) die absichtlichen Veränderungen, d. h. die Handlungen, welche nicht schon ein Ausfluß und eine nothwendige Bedingung der Benutzung sind und nicht schon an und für sich Vortheil gewähren, sondern den körperlichen Bestand derselben umgestalten, um etwa so die Benutzung mittelbar zu erleichtern und ergiebiger zu machen, oder um sie in einer andern Weise zu ermöglichen, oder auch ohne solchen Zweck, lediglich als Ausfluß der Willkühr [so ist das Beschlagen eines Pferds, oder der Umbau eines Hauses noch nicht ein an und für sich Nutzen gewährender Akt, sondern erst das Benutzen des beschlagenen Pferds, das Wohnen im neugebauten Haus gewährt Nutzen].

Zu 1. Was zunächst die eigentliche Benutzung anbetrifft, so kann es nach den Anschauungen des römischen Rechts für den Eigenthümer aus einem zweifachen Grunde von Wichtigkeit sein, in welcher Weise der Usufructuar sie einrichtet; denn

a) kann davon der größere oder geringere Verbrauch der Sache abhängen, und

b) kann der Charakter der Sache dadurch bestimmt werden und sie, ohne grade verschlechtert zu werden, doch schon dadurch allein zu einer ganz andern Art werden, daß sie in anderer Weise als seither benutzt wird.

Zu a). Mit einer jeden Sache werden eine Reihe von Handlungen vorgenommen werden können, die in keiner Weise einen dauernden Einfluß auf sie auszuüben vermögen, und der Usufructuar wird darum auch, wie er nach dem Obigen die factische Möglichkeit zur Vornahme solcher Handlungen hat, von dem Eigenthümer nicht daran behindert oder deßhalb zur Verantwortung gezogen werden können, indem ihm ein Nachtheil in keiner Weise daraus entstehen kann. Freilich werden manche derartiger Handlungen so sein können, wie sie ein bonus vir regelmäßig nicht vorzunehmen pflegt; allein da sie auf die Sache nicht zu wirken vermögen, wird er sie aus Rücksicht auf diese, wenn anders er sonst Lust dazu hat, nicht unterlassen, und ihre Vornahme widerspricht also auch nicht dem arbitrium boni viri. Sodann darf aber auch der Usufructuar solche Handlungen vornehmen, welche die Sache gradezu verschlechtern und mit der Zeit ganz abnutzen, wenn nur ohne dieselben die Benutzung, welche die Sitte gestattet, nicht möglich ist. Demnach ist er gegen jeden Anspruch gesichert, wenn Kleider in einem ganz abgetragenen Zustande zurückgegeben werden, sobald sie nur sine dolo malo, also bei regelrechter Benutzung in diesen Zustand gelangt sind[k]). Dahin gehört auch, daß der Usufruktuar den Sklaven züchtigen darf[l]), weil man annahm, daß er sonst sein Recht auf die Arbeit des Sklaven nicht gehörig realisiren könne; aber diese Befugniß hat er nur, um den Sklaven so weit zum Gehorsam anzutreiben, als es für seine, des Usufructuars, Zwecke nöthig ist, und dazu bedarf er nicht solcher Strafen, die den Sklaven dauernd mit Narben entstellen, oder der für die Gesundheit schädlichen Tortur, die ihm deßhalb untersagt waren[m]); und mit um so größerem Rechte, als das eigentliche Strafrecht, so weit es begangenes Unrecht sühnen sollte, ihm gar nicht zustand, sondern Ausfluß der dominica potestas war[n]).

---

k) L. 9 § 3 usufr. quemadm. cav. 7, 9.

l) L. 23 § 1 de usufr.

m) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 23; l. 17 § 1, l. 23 § 1, l. 66 de usufr.

n) Damit hängt die dem Usufruktuar gegen den Herrn zustehende Noxalklage zusammen, vgl. § 7 S. 68 ff.

Bei der Frage, ob eine Benutzungsweise die Sache mehr verschlechtere, wie die durch die Sitte gebotene, sieht das Recht nicht bloß darauf, ob der Körper derselben dadurch verändert wird, sondern es zieht auch in Berücksichtigung, ob nicht der Gebrauch, welcher von einer Sache gemacht wird, dieser auch in den Augen des verständigen Mannes einen Makel anhängt, der den Eigenthümer bei der spätern eigenen Benutzung stören oder gar den Werth der Sache mindern kann. Das spricht Ulpian bei Gelegenheit der Frage, ob der Usufructuar ein Haus als Laden vermiethen dürfe, also aus[o]).

illud solum observandum, ne vel abutatur usufructuarius, vel *contumeliose iniuriosеve utatur* usufructu.

In welchen Fällen eine solche dauernde Schmach gleichsam der Sache selbst angehängt wird, darüber wird wieder nur das arbitrium boni viri in dem oben bestimmten Sinne entscheiden können, dies Urtheil aber nach Zeit- und Ort ganz verschieden ausfallen. Daß dies bei uns in viel seltnern Fällen angenommen werden wird, wie in dem abergläubischen Rom, ist eine nothwendige Folge unsers ganz veränderten Bildungsstandes; daß aber auch jetzt noch jene Regel anwendbar sein kann, wird nicht geleugnet werden dürfen, wenn man sich unbefangen in den Volksgeist versetzen wird, und sich z. B. einen Fall denkt, wo der Usufructuar das Stammhaus einer Familie zu einem öffentlichen Hause im bösen Sinne des Worts machen will[p]). Hiermit scheinen auch zum Theil die Bestimmungen in Zusammenhang zu stehen, welche Ulpian in l. 13 § 8 de usufr. über die Benutzung eines Hauses giebt. Darnach soll der Usufructuar es nicht zu einer gewöhnlichen Herberge [meritoria, quae vulgo deversoria appellant] machen, oder als Walkerwerkstätte vermiethen, oder das Privatbad im Innern des Hauses als ein öffentliches benutzen lassen, u. s. w. Häufig wird allerdings eine derartige Verwendung des Hauses eine größere Abnutzung herbeiführen; allein das läßt sich

---

o) L. 27 § 1 de usufr.

p) In den ἐπαρχικά des Architekten Julian in *Harmenopuli* Manuale legum II, 4 § 27 wird erwähnt, daß ein Haus auch von seinem Eigenthümer nicht zu einem ἑταιρεῖον gemacht werden dürfe, weil das zur Schande des gegenüberliegenden Hauses diene.

doch keineswegs für alle diese Fälle annehmen, und das Bewohnen einer Stube durch eine große Familie kann ihr eben so viel schaden, wie die Verwendung als Werkstatt. Vielmehr mag der Umstand bei der Entscheidung Ulpians mitgewirkt haben, daß durch eine derartige Benutzung das Haus jedem, der eintreten wollte, offen stand, und daß dies als eine Profanirung der Heiligkeit des Hauses erscheinen mochte, die in der ältern Zeit eine so große Bedeutung hatte. Darauf weist auch hin, daß die Errichtung eines öffentlichen Bades gerade in intima parte domus untersagt wird.

Zu b). Eine Aenderung der Beschaffenheit der Sache schon unmittelbar in Folge einer Aenderung in der Benutzungsweise nimmt das Recht hinsichtlich der Sklaven an[q]), und so erscheint der Schauspieler Stichus als eine ganz andere Art von Sache, wie der Badediener Stichus, trotzdem daß der Körper desselben doch ganz unverändert bleibt[r]). Dieser Auffassung liegt der Gedanke zu Grunde,

---

q) Man könnte hierher auch die eben besprochenen Bestimmungen über die Benutzung eines Hauses beziehen wollen und sagen, daß das römische Recht auch in der Aenderung der Benutzungsweise eines Hauses eine Aenderung seines ganzen Charakters gesehen und diese darum dem Usufructuar untersagt habe. Für diese Meinung könnte auch die l. 12 pr. quib. mod. ususfr. benutzt werden, worin Ulpian entscheidet, daß der Usufruct erloschen sei, wenn er an einem Bade legirt und dieses vom Testator zu einer Wohnung gemacht sei, oder an einer taberna, wenn dieses zu einem Wohnzimmer (diaeta) geworden. Allein hier wird nicht gesagt, daß nur eine Veränderung in der Benutzung eingetreten sei, sondern ehe aus einer offenen taberna eine diaeta, oder aus einem Bade ein Wohnhaus wird, ist eine förmliche Umgestaltung der dienenden Sache nöthig, die dieser allerdings einen andern Charakter zu geben und darum auch den Usufruct aufzuheben vermag. Demnach läßt sich aus der l. 12 die erwähnte Auffassung nicht rechtfertigen; gegen dieselbe spricht aber, daß nirgends gesagt wird, der Usufructuar müsse ein seither als Laden u. s. w. benutztes Haus wieder nur zu diesem Zwecke brauchen, und daß es vielmehr in l. 27 § 1 de ususfr. als eine besondere, ihm für solchen Fall ertheilte Erlaubniß (permittitur ei) angesehen wird, das Haus auch in Zukunft so zu benutzen. Verhielte sich die Sache anders, so müßte doch, wenn er ein solches Haus nun als Wohnung brauchte, das ebenso gut den Charakter desselben ändern, und also den Usufruct aufheben.

r) Arg. leg. 12 § 1 quib. mod. ususfr. 7, 4.

daß der Sklave durch die fremdartigen Geschäfte für seine eigentliche Bestimmung weniger brauchbar werde und, wenn er auch durch die neu erlernte Kunst einen viel höhern Marktwerth erhalten könne, er doch dem Dienste, welcher ihm seither im Hause seines Herrn oblag, nicht mehr werde vorstehen können[s]). Eine Aenderung in der Benutzungsweise gilt daher als eine willkürliche Aenderung in dem körperlichen Bestande der Sache und unterliegt denselben Regeln, wie diese, so daß wir beide in der folgenden Darstellung verbinden können.

Zu 2. Bei Untersuchung der Frage, welche Veränderungen der Sache dem Usufructuar erlaubt sind, können wir von vorne herein eine Klasse von Handlungen gänzlich ausscheiden, nämlich die, wodurch die im Usufruct befindliche Sache verschlechtert, d. h. der Marktwerth derselben gemindert wird, indem jede willkürliche Vornahme einer solchen Handlung dem Usufructuar durchaus untersagt ist[t]). Demgemäß darf er die Sklaven nicht verstümmeln[u]), nicht da Fruchtbäume umhauen, wo das Interesse des dienenden Grundstücks solches durchaus nicht erheischt, nicht die Gebäude niederreißen, nicht Bergwerke anlegen, welche die Luft verpesten[v]).

Dagegen ist er zu allen Handlungen berechtigt, welche dahin zielen, die ihm überlassene Sache wieder in den Zustand zu setzen, in welchem sie sich bei Beginn des Usufructs befand, und selbst wohl, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt wird, in den, welchen sie einnahm, als sie innerhalb der ganzen Zeit, wo sie dieser Art angehörte, den höchsten Grad der Vollkommenheit erreicht hatte, — mit andern Worten, er kann jede Reparatur vornehmen. Dahin gehört z. B. nicht, daß er ein Lastschiff, welches früher ein Lustschiff war, wieder zu letzterem machen darf; denn seitdem das Schiff seiner jetzigen Art angehört, war es nur Lastschiff, und der Usufructuar darf daher auf Grund der obigen Regel nur den Zustand wieder herstellen, welchen es als solches einnahm. Davon abgesehen darf er nicht nur die in

s) Arg. leg. 17 § 1 de usufr.
t) L. 13 § 4 de usufr.
u) Vgl. Anm. 1.
v) L. 13 § 4 und § 6 de usufr.

regelmäßigen Zeitfristen überall erforderlichen Reparaturen ausführen, deren Vornahme, wie § 53 zu zeigen ist, ihm schon als eine Pflicht obliegt[w]), sondern er wird auch einzelne außerordentliche Bauten und Ausbesserungen, welche durch besondere Unglücksfälle oder in Folge des Alters der Sache nöthig werden, zu diesem Zwecke vornehmen können, da allgemein ausgesprochen wird, er dürfe schützen, was er erhalten habe[x]), und an einer andern Stelle dem Eigenthümer die Verpflichtung auferlegt wird, ihm alle außerordentlichen Verwendungen zu ersetzen, die er nicht hätte zu machen brauchen[y]), darin also auch anerkannt wird, daß er berechtigt ist, selbst da Verwendungen zu machen, wo er nicht mehr verpflichtet ist, wobei denn, da er sonstige Veränderungen, wie unten zu zeigen ist, nur in beschränktem Maaße machen darf, besonders an größere Reparaturen gedacht sein muß.

Die Befugniß des Usufructuars zum Repariren ist aber in so fern beschränkt, als er zu diesem Zwecke die dienende Sache auch nicht vorübergehend ganz auflösen darf, um sie etwa aus demselben Material von Grund aus wiederherzustellen, indem im Momente, wo die Sache in ihrer Art zu existiren aufgehört hat, die Servitut erloschen ist und das dann vorhandene Material durchaus frei vom Usufructe ist. Reißt deßhalb z. B. der Usufructuar ein Haus ganz nieder, so hat er kein Recht mehr auf die Baustelle und auch nicht mehr auf das dort von ihm ganz in der alten Form und aus dem vorhandenen Material gebaute Haus[z]). Ob sich dies nicht an beweglichen Sachen anders gestalte, und z. B. an dem Schiffe, welches durch den Usufructuar aus dem Material des früheren gebaut ist, ein neuer Usufruct entsteht, wird davon abhängen, ob eine Servitut überhaupt durch Occupation erworben werden kann, indem der Usufructuar, wenn er in solchem Falle im guten Glauben verfährt, eine Specification mit den in seiner Detention befindlichen Balken

w) § 38 J. de rer. div. II, 1; l. 18, l. 7 § 2 und § 3 de usufr.; l. 18 de damn. inf. 39, 2; l. 7 C. de usufr. 3, 33.

x) L. 44 de usufr.

y) L. 7 C. de usufr. 3, 33.

z) L. 10 § 1 und arg. § 7 quib. mod. usufr.

und andern Materialien des Eigenthümers vornimmt, aber nicht um für sich das Eigenthum derselben zu erwerben, sondern, während dasselbe seiner Absicht nach dem seitherigen Eigenthümer zufallen soll, um an den neuen Gegenstand für sich den Usufruct zu erhalten [aa]). Auf diese Frage können wir erst unten in der Lehre von der Entstehung der Servituten eingehen. Wie dem aber auch sei, so verpflichtet sich der Usufructuar durch eine Reparatur, und auch durch eine solche, welche die Sache temporär vernichtet, wenn er sie nur in gehöriger Weise zu Ende führt, dem Eigenthümer gegenüber niemals zu Entschädigungen u. s. w., da er diesem dadurch ja keinen Schaden zufügt, sondern er kann dadurch nur selbst Veranlassung zum Untergang des Usufructs werden.

Es bleibt uns noch übrig, die willkürlichen Veränderungen zu besprechen, welche weder als Verschlechterungen noch als Reparaturen erscheinen, sondern die Sache entweder in anderer Weise, als sie je gewesen, verbessern, oder sie weder verbessern, noch verschlechtern, sondern sie nur verändern. Für diese stellt das römische Recht den Grundsatz auf, daß sie dem Usufructuar gestattet sind, sobald die Sache dadurch nach den Ansichten des Verkehrs ihrer Art nicht entzogen wird [bb]), oder mit andern Worten, sobald die Sache nach dieser Veränderung ganz in der seitherigen Weise und ganz zu denselben Zwecken benutzt werden kann, wie vor derselben, so daß dem, welcher unbefangen und ohne Berücksichtigung eigenthümlicher seltener Liebhabereien, aber doch mit der Anhänglichkeit an das Alte und Herkömmliche, welche sich bei den meisten

aa) Die Aussprüche Ulpians in l. 10 § 5—7, wonach der Usufruct an einem umgebauten Schiffe oder umgegossenen Gefäße nicht fortbestehe, können hier nicht benutzt werden, weil, wie die in den ersten Paragraphen der Stelle entschiedenen Fälle beweisen, Ulpian voraussetzt, daß schon der Testator, welcher den Usufruct constituirte, die Specification vorgenommen hat, nicht aber der Usufructuar selbst, wie wir im Text voraussetzten.

bb) Daß auch Ulpian bei Aufstellung der allgemeinen Regel: **Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest**, in l. 13 § 4 de usufr. für den letzten Theil derselben diese Beschränkung ebenfalls im Sinne hatte, zeigen die unmittelbar darauf behandelten Beispiele

Leuten in den Verhältnissen des Eigenthümers findet, also als vir bonus die Sache betrachtet, der neue Zustand nicht so störend und unbequem sein kann, daß er die Wiederherstellung des alten Zustands selbst mit eigenen Opfern erkaufen möchte. Wo die Aufwendung dieser unter den gegebenen Verhältnissen auch den Beifall eines diligens pater familias finden würde, da darf der Eigenthümer vom Usufructuar Leistung der zur Herstellung nöthigen Summen verlangen; wo aber ein verständiger Sinn in der Verwendung von Geld oder Arbeitskräften für die Wiederherstellung des vom Usufructuar aufgehobenen Zustands nur eine eigensinnige That sehen würde, soll der Usufructuar solchen Anforderungen des Unverstandes und der Laune nicht ausgesetzt sein. Dies möchte die Summe der mannigfachen hierüber in den Quellen gegebenen Regeln sein, die freilich, seitdem Gerhard Noodt auf die Schwierigkeit hingewiesen hat, dieselben auf ein gemeinsames Princip zurückzuführen, mancher verschiedenartigen Erklärung unterzogen worden sind, und zu mancher Controverse Veranlassung gegeben haben[cc]). Die strenge logische Consequenz fehlt anscheinend auch häufig dieser Lehre; berücksichtigt man aber, daß sich die Jurisprudenz hier nur die Aufgabe gestellt hat, den Anschauungen, wie sie einmal im Verkehr leben, gerecht zu werden, so wird man die feine Beobachtungsgabe der römischen Juristen bewundern müssen, die es hier aufgab, lediglich mit Analogieen und Deductionen zu operiren, und die viel mehr auf den Markt und in die Häuser gegangen zu sein scheint, um selbst zu sehen und zu hören. Die einzelnen in den Quellen enthaltenen Rechtssätze, aus denen wir obiges Princip deducirten, sind folgende:

Ist ein Lustgarten (praedium voluptuare) Gegenstand des Ususfructs geworden, so darf der Usufructuar nicht die Rasenplätze aufbrechen und die Alleen umschlagen, um etwa statt der unfruchtbaren Bäume, die nur um Schatten zu geben da standen, Oelbäume zu pflanzen oder sonstige einträglichere Anlagen zu machen[dd]), [denn

cc) Vgl. die Litteraturnachweisungen in Madai, Beiträge zur Dogmengeschichte, Riga 1839. S. 92—138, und in dem Aufsatze von Keil, über das Dispositionsrecht des Usufructuars im Archiv für civ. Praxis Bd. 35, S. 358—401. 1852.

dd) L. 13 § 4 de usufr. 7, 1.

ein Lustgarten und ein nur zum Fruchtertrag bestimmtes Grundstück sind durchaus verschiedene Arten und gewähren einen ganz verschiedenen Nutzen, so daß dem Eigenthümer, trotzdem daß er den einen hat, doch noch der andere ein Bedürfniß sein kann, welches er nun auf andere Weise und mit Kosten befriedigen muß]. Ferner darf der Usufructuar, wenn er den Usufruct an einem seither leer stehenden Platz (area) hat, dort nicht ein Gebäude aufführen[ee]), wohl aber auf einem kleinen Theil desselben eine Hütte für einen Wächter errichten, welcher die Sachen, zu deren Aufbewahrungsort der Platz dient, bewachen soll[ff]) [denn ein leerer Platz und ein Haus werden zu ganz verschiedenen Dingen benutzt, — ersterer aber, der wohl von einem fruchttragenden Grundstück (fundus) zu scheiden ist, wird regelmäßig nur als Niederlage Nutzen gewähren können, und dazu wird er nur geeigneter, wenn er größere Sicherheit gewährt; die kleine Fläche, welche diesem Zwecke durch die Hütte entzogen wird, wird meisten Theils jenem Vortheil gegenüber nicht in Betracht kommen]. Selbst ein noch nicht vollendetes Haus darf der Usufructuar nicht fortbauen, wenn es ihm nicht ausdrücklich gestattet ist, und sollte darüber auch sein Usufruct ganz untergehen, weil ihm das unfertige Haus keinen Vortheil gewähren kann[gg]). Er darf auch keinen Anbau an das Haus machen[hh]), die Lage der Zimmer nicht umformen, nicht neue Thüren brechen oder die alten verlegen, keine geheime Gänge eröffnen, keine Röhrenleitungen in den Wänden des Hauses einrichten, dasselbe nicht höher bauen u. s. w.[ii]) [kurzum keine Aenderungen in dem Plan des Hauses machen, da dieser es grade ist, der dem Hause den bestimmten individuellen Charakter giebt, und mit dem das Familienleben häufig verwachsen ist, so daß jede Aenderung, auch wenn sie noch so viele Bequemlichkeiten bietet, nicht nur viele liebe Erinnerungen verletzen, sondern auch eine Umgestaltung der sämmtlichen Einrichtungen fordern kann, die keines-

ee) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 21.
ff) L. 73 de usufr.
gg) L. 61 de usufr.
hh) L. 7 § 3 und l. 8 de usufr.
ii) L. 13 § 7, l. 61 de usufr.

wegs immer erwünscht sein wird, und am wenigsten, wenn sie dem Eigenthümer wider seinen Willen aufgedrungen wird]. Dagegen darf der Usufructuar das Haus mit den üblichen Verzierungen versehen, namentlich es neu anstreichen lassen, mit Gemälden, Statuen und sonstigen Sculpturen schmücken, auch neue Wandbekleidungen und Estriche anbringen lassen[kk]) [denn wie sollte dadurch die seitherige Benutzungsweise gehindert werden?], aber dies doch nur da, wo nicht seither ganz rohe Wände waren[ll]) [denn da würde solches Zierrath dem ganzen Charakter des Hauses und seiner Bestimmung nicht entsprechen und in seiner Vereinzelung den Contrast mit der Umgebung nur greller hervortreten lassen].

Eine viel freiere Befugniß wird dem Usufructuar hinsichtlich eines Grundstücks zugesprochen, welches zum Fruchtertrag bestimmt ist [fundus]. Davon handelt Ulpian in der sehr oft besprochenen und viel commentirten l. 13 § 5 und § 6 de usufr[mm]). Darnach darf er den hauptsächlichsten Zweck des Grundstücks, die Agricultur, nicht dadurch vereiteln, daß er industrielle Anlagen macht und dabei nicht mal so viel Land für den Ackerbau zurückläßt, als zu einer gehörigen Bewirthschaftung erfordert wird, wie sie dem Grundcharakter des betreffenden Guts entspricht [agri pars necessaria — darum

---

kk) L. 7 § 3, l. 13 § 7 de usufr.

ll) L. 44 de usufr.

mm) § 5. Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidiciarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. § 6. Si tamen quae instituit usufructuarius, aut coelum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitratu frui; sed nec aedificium quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.

z. B. bei einem großen Landgut nicht so viel, daß ein gehöriger Felderwechsel stattfinden und ein entsprechender Viehstand erhalten werden kann]. Ebenso darf er dort nicht Gebäude aufrichten, die außer allen Zusammenhang mit dem auf Gewinn gerichteten Zweck des Grundstücks stehen; wohl aber solche, die diesen befördern, indem sie einen Aufbewahrungsort für die Früchte gewähren. Bewahrt er also nur den Grundcharakter des Grundstücks, so kann er neben der dadurch gebotenen Haupterwerbsquelle noch jede Art von vortheilhaften Nebenquellen eröffnen, wie denn namentlich jede Art von Bergwerken, Steinbrüchen u. s. w. anlegen, und das darf er nicht nur an den ganz unfruchtbaren Stellen thun, sondern auch da, wo seither Weinberge, Baumgärten u. s. w. waren, die er zu diesem Zwecke gänzlich beseitigen kann[nn]). Verschlechtern darf er natürlich das Grundstück dadurch nicht. [Das Recht geht also von der gewiß richtigen Beobachtung aus, daß da, wo es darauf ankommt, Gewinn zu erzielen, bei den meisten Menschen die Anhänglichkeit an den seitherigen Zustand und das Bestreben, die eigene Sache in der gewohnten Weise zu erhalten, zurücktritt, sobald auf einem andern Wege ein größerer Gewinn erzielt werden kann, oder daß er wenigstens, wie das schon im Interesse des Volkswohlstandes liegt, bei einem bonus vir zurücktreten sollte. Daß sich jemand lieber in dem engen Hause, wie die Vorfahren es hatten, behilft, als in den neuen, weiten und bequemen Räumen wohnt, wo er sich fremd fühlt, ist eine in sich durchaus berechtigte Erscheinung, da das Wohnhaus vor Allem die Eigenschaft haben muß, die wir als Wohnlichkeit bezeichnen, und für die nicht allgemeine Regeln gegeben werden können, sondern

---

nn) Ich nehme also mit von Vangerow (Leitfaden § 344 Anm. 2), Keil (a. a. O. S. 400) und Andern an, daß die am Schluß des § 5 erwähnten Weinberge, Oelgärten u. s. w. nur Theile des größern Landguts sind, nicht aber, daß bei einem Usufruct an einem selbständigen Weinberg, der Usufructuar diesen ganz und gar in ein Bergwerk umwandeln dürfe. Denn damit wäre die erwähnte Beschränkung, wonach agri necessaria pars nicht dadurch occupirt werden darf, ganz unvereinbar. Wegen Widerlegung der verschiedenen andern Erklärungsversuche wird es genügend sein, auf Hagemeisters Aufsatz in Hugos civil. Magazin Bd. III, 13 und auf Keil a. a. O. zu verweisen.

die sich nach dem individuellen Gefühl des Einzelnen richten. Wollte aber jemand mit Unkosten die Benutzungsweise eines zum Gewinn bestimmten Gutes so einrichten, daß sie weniger einbringt, wie seither, bloß und allein, weil sie früher mal in dieser Weise gewesen ist, so wird jedermann darin einen unberechtigten Eigensinn erkennen, und diesem will das Recht keinen Vorschub leisten]. Durch die Form, in welcher ein Grundstück bewirthschaftet wird, kann aber mitunter die ganze Lebensstellung und die Beschäftigung des Innehabers desselben bestimmt werden; es wäre unbillig, wenn so der Weinbauer, der seiner ganzen Lebensrichtung nach auf dies Geschäft hingewiesen ist, durch den Usufructuar genöthigt werden könnte, sich von nun an nur auf den Bergbau zu legen. Auch wenn dadurch der Sachverständige größeren Gewinn machen könnte, wird das ihm, dem Ungeübten, vielleicht unmöglich sein. Dagegen stellt nun das Recht die Schranke auf, daß das Gut im Ganzen immer seinen Charakter behalten muß, und nur die Verwaltung im Einzelnen geändert werden darf; daneben hilft es sich ferner noch nach jener l. 13 § 6 durch folgende Bestimmung: Der Usufructuar muß bei seinen Aenderungen das Interesse des Eigenthümers in so fern im Auge behalten, als er nicht solche Einrichtungen machen darf, die von jenem nach seinen besondern Umständen gar nicht benutzt werden können, indem sie z. B. einen Apparat erfordern, wie er ihn nicht anzuschaffen oder zu handhaben vermag.

Hinsichtlich des Usufructs an Sklaven [oo]) wird gesagt, daß der Usufructuar einen Schauspieler nicht zum Badediener, einen Musiker nicht zum Thürhüter, einen Vorleser nicht zum Sackträger machen dürfe [pp]), wohl aber darf er den, der seither für keinen besondern Dienst ausgebildet ist [cuius quasi vacuo ministerio utebatur], in irgend einer Kunst unterrichten lassen und zur Ausübung derselben benutzen [qq]). [Derselbe besaß ja nur rohe Arbeitskraft, und die verliert er nicht dadurch, daß er einen bestimmten Dienst erlernt, er bleibt also in so fern ganz in seiner Art. Welche Dienste mit

---

oo) Vgl. oben S. 465 f. zu 1, b.

pp) L. 15 § 1, l. 17 § 1 de usufr.

qq) L. 27 § 2 de usufr.

einander unverträglich sind, weil die Ausübung des einen den Sklaven für den andern weniger brauchbar macht, das zu ermitteln, bedurfte es genauer Kenntniß des häuslichen Lebens].

Wir haben oben gesagt, dem Usufructuar seien nur die Handlungen absolut verboten, welche die Sache verschlechtern; sonstige Aenderungen seien nur erlaubt, wenn sie die Sache ihrer Art nicht entzögen. In den von uns dafür angeführten Quellenstellen wird aber immer nur von solchen Aenderungen gesprochen, welche die Sache verbessern, es bleibt uns also noch übrig den Beweis für die Zulässigkeit der Aenderungen zu führen, welche die Sache weder verbessern noch verschlechtern, wie sie, wenn sie auch selten vorkommen, doch möglich sind. Die Gesetze schweigen unsers Wissens darüber. Allein da ja vorausgesetzt wird, daß sie dem Eigenthümer in keiner Weise schaden und selbst nicht einmal das Affectionsinteresse desselben, soweit das Recht hier auf dasselbe Rücksicht nimmt, verletzen, so wird es schon an jeder Klage fehlen, um den Usufructuar daran zu verhindern oder nachträglich irgend welchen Anspruch an ihn deßhalb zu erheben, und solche Aenderungen werden daher ebenso gestattet sein, wie die, welche die Sache verbessern.

Das führt uns denn zu der Lehre von den Rechtsmitteln, mit denen sich der Eigenthümer gegen Uebergriffe des Usufructuars sichern kann, die wir noch zum Schluß dieses Paragraphen besprechen müssen. Schon nach allgemeinen Grundsätzen stehen ihm bei Beschädigungen der Sache durch den Usufructuar die actio legis Aquiliae und die ihr nachgebildeten Klagen zu[rr]), wogegen dann exceptionsweise geltend gemacht werden kann, daß die fragliche Handlung, welche die Sache beschädigte, ein Ausfluß der usufructuarischen Berechtigung gewesen sei. Lößte der Usufructuar unberechtigter Weise Theile der Sache loß, um sie sich anzueignen, so kann die actio furti gegen ihn erhoben werden.

Daneben erzeugte nun noch die vom Usufructuar gestellte Caution eine actio ex stipulatu, oder wie Ulpian sie in l. 13 § 1 de usufr. nennt, eine actio de usufructu. Wenn diese auch ausschließlich erforderlich ist, um den Usufructuar zur Entschädigung wegen aller

---

rr) L. 13 § 2, l. 66 de usufr.

durch sein Nichtthun entstandenen Schäden anzuhalten[ss]), so gewährt sie daneben jedoch auch da, wo es sich um positive Beschädigungen handelte, im Vergleich zu den oben genannten Klagen einige Vortheile. Zwar hatten diese den Vorzug, daß sie zu einer höheren Schätzung des Schadens führten, da sie nicht nur reipersecutorisch, sondern Strafklagen waren; allein der Schaden wurde vom Eigenthümer erst gefühlt, wenn er die verschlechterte Sache zurückerhielt, also nach Beendigung des Usufructs, und also fehlten bis dahin auch wohl die Voraussetzungen jener Klagen, während man dagegen aus der Stipulation, wie Ulpian sagt, aus Nützlichkeitsgründen alsbald eine Klage zuließ[tt]). Ein weiterer Vorzug derselben war, daß sie nicht bloß auf Ersatz des bereits angerichteten Schadens ging, sondern auch Regelung der Ausübung für die Zukunft verlangen konnte[uu]). Sollte das aber einen nachhaltigen Vortheil für den Eigenthümer gewähren, so durfte das arbitrium iudicis sich nicht damit begnügen, bloß die Art und Weise der Benutzung vorzuschreiben, sondern es mußte dem Usufructuar die Leistung einer neuen Caution auferlegen, des Inhalts, daß er die Sache grade in der und der bestimmten Weise, wie sie im Arbitrium vorgeschrieben werde, benutzen und also die und die Handlungen unterlassen oder die und die vornehmen wolle. Denn war einmal über die Auslegung der ersten allgemeingehaltenen cautio usufructuaria Streit entstanden, so vermochte das Arbitrium ohne jenes Hülfsmittel einer neuen detaillirteren Caution denselben nicht dauernd zu schlichten, da seine Wirksamkeit ja durch die Vorschriften über die Proceßverjährung in enge Schranken gewiesen war, und es, wenn nicht vor Ablauf von anderthalb Jahren seit Beginn des iudicium legitimum, oder vor

---

ss) L. 13 § 2 de usufr.

tt) L. 1 § 5 usufr. quemadm. caveat. 7, 8. Utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut, si quis non boni viri arbitratu utatur, committatur stipulatio statim, nec exspectabimus, ut amittatur ususfructus.

uu) L. 13 § 1 de usufr. Quum igitur de usufructu agitur, non solum, quod factum est, arbitratur, sed etiam in futurum, quemadmodum uti frui debet. Vgl. § 2 daselbst.

Beendigung der Jurisdiction des instruirenden Magistrats beim judicium imperio continens zur Condemnation oder Absolution gekommen war, gänzlich nichtig und unwirksam wurde[vv]). Also nur wenn innerhalb dieser Zeit vom Usufructuar gegen das Arbitrium verfahren wäre, hätte es alsbald zur Condemnation kommen können; nach Ablauf derselben hätte jedesmal wieder eine ganz neue Klage erhoben werden müssen, und es hätte von dem Schicksal dieses neuen Processes abgehangen, wie die Ausübung des Usufructs für die folgende Periode geregelt werde. Deßhalb sind wir wohl zu dem Schlusse ermächtigt, daß hier wie bei den andern Klagen, welche ein Verhältniß auch für die Zukunft regeln sollen[ww]), der Richter zur Auflegung einer Kaution ermächtigtigt war, welche über die Dauer seiner Amtsgewalt Wirksamkeit zu haben vermochte, und daß die Verweigerung dieser Kaution als Verletzung des Arbitriums erschien und demnach die Condemnation herbeiführen konnte[xx]).

Ein letzter Vorzug der actio ex stipulatu vor der Aquilischen und der ihr nachgebildeten Klagen besteht darin, daß diese ein wirkliches damnum der Sache, eine Verschlechterung derselben, zur nothwendigen Voraussetzung haben, wie sich das darin manifestiren muß, daß sie bei ihrer Schätzung durch die öffentliche Meinung mit dem allgemeinen Werthmesser, dem Gelde, geringer angesetzt wird, wie früher, oder mit andern Worten, daß sie in Folge der Veränderung einen niedriegeren Marktwerth erhalten hat[yy]); die actio ex stipulatu aber auch da anwendbar sein muß, wo der Usufructuar unrechtmäßiger Weise Veränderungen vorgenommen hat, welche die Sache durchaus nicht verschlechtert oder welche gar ihren Marktwerth gradezu erhöht haben. Dies wird in den Quellen freilich nirgends ausdrücklich gesagt, indem dort überhaupt nicht davon gesprochen wird, worauf diese Klage gerichtet ist; allein da so weitläuftig darüber gehandelt wird, in welchen Fällen dem Usufructuar Verbesserungen gestattet sind, in welchen Fällen nicht, so muß dort von der Voraus-

vv) Vgl. Keller, römischer Civilproceß § 45 und § 70.

ww) L. 7 si serv. vind. 8, 5 u. a. a. O.

xx) Vgl. l. 5 § 5 si ususfr. petat. 7, 6.

yy) Arg. leg. 27 § 28 ad leg. Aquil. 9, 2.

setzung ausgegangen sein, daß der Eigenthümer auch ein Mittel habe, um sich in den letztern Fällen gegen Eigenmächtigkeiten zu sichern, und das kann nur diese actio ex stipulatu gewährt haben. Der Usufructuar hatte ja, als er die durch das arbitrium boni viri ihm in der oben erörterten Weise gesetzten Schranken überschritt, sein in Stipulationsform gegebenes Versprechen verletzt und einen Zustand herbeigeführt, von dem das Recht annahm, daß er den Wünschen des Eigenthümers so wenig entspreche, daß dieser Opfer bringen werde, um den alten Zustand wiederherzustellen oder doch einen ihm möglichst ähnlichen zu schaffen. Wenn also auch die Sache durch die Veränderung keinen Schaden erlitten hatte, so hatte doch ihr Eigenthümer ihn erlitten, und konnte wegen Nichteinhalten der Stipulation Ersatz dafür verlangen. Zunächst wird daher das arbitrium iudicis [zz]) die Verpflichtung des Usufructuars ausgesprochen haben, die Sache in unverändertem Zustand zu restituiren, und deßhalb wird dieser da, wo er bereits verbotene Aenderungen vorgenommen hatte, dieselben auf eigene Kosten redressiren müssen, wenn er die Condemnation vermeiden will; unterläßt er dieses, oder ist die Restitution des frühern Zustandes ganz oder wenigstens alsbald unmöglich, indem z. B. Bäume umgeschlagen sind, die erst nach Jahren wiederwachsen, oder die Marmorgruben so benutzt sind, daß sie nie wieder brauchbar werden, so erfolgt die Verurtheilung in id, quod domini interest, illud factum esse. Als dies Interesse wird alles das aufgefaßt werden müssen, was der Eigenthümer verwenden muß, um sich den Nutzen oder die Annehmlichkeit wenigstens annäherungsweise wieder zu verschaffen, die ihm die usufructuarische Sache nur in ihrem früheren Zustand gewährte. War daher z. B. ein Lustgarten in ein Ackerfeld von höherem Werthe verwandelt, so wird der Eigenthümer so viel verlangen können, um einen andern Lustgarten in einer eben so bequemen Lage erwerben und denselben in allen vom Recht als erheblich anerkannten Beziehungen dem frühern ähnlich einrichten zu können. Von der dazu erforderlichen Summe wird er freilich die, welche er beim Verkauf des Ackerfelds erhalten kann, abziehen müssen; allein da er dafür nur den wahrscheinlichen

zz) L 13 § 1 de usufr.

Marktwerth zu berechnen braucht, dort aber, wo es sich um den Ankauf handelt, alle die Conjuncturen berücksichtigen kann, die ihm grade jetzt den Erwerb eines ähnlich gelegenen Gartens erschweren und ihm darum nöthigen werden, einen unverhältnißmäßig hohen Preis zu zahlen, ferner die Kosten der Einrichtung des neu angekauften Gartens nach dem Vorbild des früheren von bedeutender Höhe sein können, so kann trotzdem, daß es nur darauf ankommt, statt der verbesserten Sache eine andere von geringerem Marktwerthe zu schaffen, doch eine erhebliche Summe vom Eigenthümer als das Interesse in Anspruch genommen werden. Ließe sich auch nicht mal ein ähnlicher Garten für Geld wieder herstellen, so wird zu untersuchen sein, ob und um welchen Preis ein Surrogat für die einzelnen Vortheile gefunden werden kann, welche der Garten seither gewährte, und die Summe dieser einzelnen Ausgabeposten muß ersetzt werden. So kann der Usufructuar trotz der vorgenommenen Verbesserung mit der actio ex stipulatu zum Schadenersatz genöthigt werden[a2]).

Wir haben seither Rechtsmittel erwähnt, die bei allen Arten des Ususfructs dem Eigenthümer Schutz gegen widerrechtliche Veränderungen der Sache Seitens des Usufructuars zu gewähren vermögen; nur für einzelne Arten desselben kann noch mit folgenden

---

a[2]) Diese Auffassung des Verhältnisses, wofür sich freilich keine directen Zeugnisse anführen lassen, wird wesentlich durch die Analogie der uns überlieferten Bestimmungen über die Ersatzpflicht nach erhobenem **interdictum quod vi aut clam** unterstützt. Auch hier ist der Verklagte ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger durch die gewaltsame oder heimlich vorgenommene That reicher oder ärmer geworden ist, zur Wiederherstellung des frühern Zustandes verpflichtet; wo er dieser Verpflichtung nicht folgen will oder kann, da tritt ein, was Ulpian in **l. 15 § 7 quod vi aut clam 43, 24** sagt:

> **Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem, iudicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset.**

Demgemäß wird denn auch in **l. 16 § 1** daselbst entschieden:

> **Sed si amoenitatis quaedam ex huiusmodi arboribus praestetur, potest dici, et fructuarii interesse** ***propter voluptatem et gestationem*** **et esse huic interdicto locum.**

Klagen dies Ziel erreicht werden. Hat der Usufructuar eine bewegliche Sache wissentlich specificirt oder gänzlich vernichtet, so kann gegen ihn, als einen fictus possessor, qui dolo malo desiit possidere, die Vindication oder die actio ad exhibendum angestellt werden. Hat er einen Sklaven verschlechtert, so droht ihm die actio servi corrupti oder unter Umständen die actio iniuriarum[b2]). Hat er seine Pflichten hinsichtlich der Reparatur des im Usufruct befindlichen Gebäudes nicht eingehalten, so kann der Eigenthümer ein richterliches Dekret erwirken, wodurch ihm die Ausübung des Usufructs entzogen wird, wie oben S. 458 ff. ausgeführt ist. Dieses anomale Rechtsmittel wird aber nur auf den Fall zu beschränken sein, wo ein Gebäude durch Unterlassen der Reparaturen baufällig zu werden droht, und keiner Ausdehnung fähig sein. Das interdictum Quod vi aut clam endlich kann da, wo der Usufruct an unbeweglichen Sachen besteht, ebenfalls gegen unberechtigte Veränderungen durch den Usufructuar Schutz gewähren[c2]), indem die vis oder clandestinitas in dem weitern Sinne, welchen die Jurisprudenz annahm, wo es sich um die Zulässigkeit dieses Interdicts handelt, in den meisten Fällen vorhanden sein wird, wo der Usufructuar ohne Erlaubniß des Eigenthümers unberechtigte Veränderungen an der dienenden Sache vornimmt. Denn da er wissen muß, daß diese ihm nur in beschränktern Maaße zustehen, er ferner voraussetzen kann, daß der Eigenthümer, welcher nicht mehr die Detention hat, nicht nothwendig erfährt, was auf seiner Sache geschieht, und ihm namentlich der Beginn der Veränderungen verborgen bleiben kann, so muß er von solchen Handlungen, die das Interesse des Eigenthümers verletzen, ja selbst schon von solchen, über deren Zulässigkeit er zweifelhaft sein kann, rechtzeitig Anzeige machen, wenn sie nicht den Charakter der clandestinitas an sich tragen sollen; erfolgt dann ein Verbot des Eigenthümers, so sind die dennoch unternommenen opera vi facta[d2]).

Ein solches Verbot kann der Eigenthümer, ohne daß er sich

---

b²) L. 66 de usufr.

c²) L. 13 § 1 de usufr.

d²) Francke über das Interd. Quod vi aut clam. Archiv für civ. Prax. Bd. 22 S. 350 ff.

deßhalb der confessorischen Klage des Usufructuars aussetzt, nicht allein da erlassen, wo das beabsichtigte Unternehmen sich als ein unberechtigter Uebergriff des Usufructuars darstellt, sondern er kann damit auch da, wo der Letztere eine ihm durchaus zustehende Veränderung vornehmen will, dieselbe so lange untersagen, bis ihm wegen jedes bei Gelegenheit des Baus entstehenden Schadens [propter vitium operis] eine cautio damni infecti bestellt ist[e2]); der Usufructuar steht in so fern allen andern gleich, die aus irgend einem Rechtsgrunde auf fremden Grund und Boden Bauten vornehmen wollen, und die alle wegen jedes daraus etwa entstehenden Schadens dem Eigenthümer caviren müssen. [Vgl. §. 43 S. 412 und § 45 S. 428].

§ 52.
Fruchtbezug des Usufructuars.

In der Befugniß, sich die Früchte der dienenden Sache unterthan zu machen, besteht das zweite wesentliche Element des Usussructs[a]). Allein auch in dieser Beziehung wird man, um zunächst von den natürlichen Früchten der Sache im Gegensatz zu den *fructus civiles* zu reden, wieder die Erfahrung gemacht haben, daß der Usufructuar vermöge seines unmittelbaren Verhältnisses zu der Sache seine Befugniß weit über die Grenzen ausdehnen kann, welche die Constituenten des Usussructs bei Errichtung desselben im Sinne hatten, und daß er sich Sachen aneignen kann, die zwar aus jener belasteten Sache hervorgegangen sind, die aber keineswegs zu den regelmäßigen Producten derselben und daher zu den regelmäßigen Emolumenten des Eigenthums gehören, so daß es unwahrscheinlich ist, daß die Constituenten an sie gedacht und auch darauf ein Anrecht haben übertragen wollen. Hier wies aber schon die Bezeichnung usus*fructus* darauf hin, wo die Grenze des usufructuarischen Rechts zu suchen sei, indem der Sprachgebrauch nicht Alles, was aus einer Sache entstanden war, als fructus, Früchte derselben benannte,

---

e2) L. 20 de damn. inf. 39, 2; arg. leg. 3 § 6 quod vi aut clam 43, 24.

a) L. 7 pr. de usufr.

sondern darunter nur die Sachen verstand, welche nicht in einzelnen unerwarteten Fällen, sondern kraft eines in dem Wesen der Hauptsache begründeten Gesetzes und der Regel nach in einer ordnungsmäßigen Wiederholung producirt worden, so daß das Hervorbringen derselben als eine der Bestimmungen erscheint, um derentwillen man eine derartige Sache zu halten pflegt[b]). Daher war nur das, was in dieser Weise als die Frucht einer Sache aufgefaßt ward, dem Usufructuar durch den von den Constituenten gebrauchten Ausdruck zugesprochen, und das äußert sich für die einzelnen in Rom gebräuchlichen Arten des Usufructs in den folgenden, uns überlieferten Regeln:

Für den Usufruct an den zur Fruchterzeugung bestimmten Grundstücken wird durch Paulus zweimal der Satz ausgesprochen[c]):

> Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ad fructuarium pertinet.

An einer dieser Stellen [l. 9 pr.] fügt er aber doch hinzu:

> sic tamen, ut boni viri arbitratu fruatur.

und demgemäß darf er sich auch nur dann Alles, was auf einem Grundstück gewachsen ist, aneignen, wenn es sich um Pflanzen handelt, die ganz und gar in wiederkehrenden Zeiträumen eingeerntet zu werden pflegen, wie das namentlich beim Getraide der Fall ist, das er daher erwirbt, von wem es auch immer gesät sein mag[d]). Wo es dagegen nur einzelne Theile der Pflanzen sind, die man in wiederkehrenden Perioden zu gewinnen pflegt, während die übrigen Theile eine weit längere Zeit ausdauern, da darf der Usufructuar auch nur jene regelmäßigen Erträgnisse beanspruchen, und so von einer Wiese nur das Graß [nicht etwa auch die Graßnarbe] nehmen, von Weinstöcken und Oelbäumen nur die Trauben und Oliven[e]), von Fruchtbäumen nur die Früchte, daneben aber auch wohl, wenn es auch nirgends ausdrücklich gestattet wird, einzelne abgetrocknete Zweige solcher Gewächse [Leseholz], wie sie sich in jedem Jahr in fast gleich-

b) Darum sagt Ulpian in l. 27 de her. pet. 5, 3: **Ancillarum etiam partus et partuum partus . . fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant.**

c) L. 9 pr. und l. 59 de usufr.

d) L. 25 § 1 de usur. et fruct. 22, 1 u. a. a. O.

e) L. 13 quib. mod. usufr. 7, 4.

mäßiger Quantität von denselben ablösen und so einen Ertrag bilden, auf den man regelmäßig rechnen kann. Ebenso, wie die Wiesen immer wieder von Neuem abgemäht werden, können auch Waldstrecken mitunter von der Beschaffenheit sein, daß sie wiederholt von Zeit zu Zeit bis auf die Wurzeln rasirt werden können, aus denen dann immer von Neuem das Holz aufwächst. Auf einer solchen silva caedua im engern Sinne[f]) [Schneideholz oder Nieder- oder Aufschlagewald], wozu auch die Rohr- und Weidenstücke [silva palaris, arundinetum, salictum] gehören mögen, darf der Usufructuar von Zeit zu Zeit schlagen lassen, aber keineswegs darf man wohl annehmen, wie das von den meisten Schriftstellern geschieht[g]), daß er zu jeder Zeit und selbst ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen wirthschaftlichen Normen schlagen darf. Zur Begründung dieser durchaus anomalen Regel beruft man sich auf die l. 48 de usufr.[h]). Allein diese Stelle handelt von einer ganz andern Frage, sie untersucht, wann die abgelößten Erzeugnisse einer Sache anfangen zu den Früchten zu gehören, d. h. wann der Usufructuar durch die Perception Eigenthum an denselben erwirbt[i]); ob der Usufructuar die Ablösung schon vornehmen darf, oder ob er sich nicht vielmehr in Folge der geleisteten Caution zu einer Entschädigung wegen der in der vorzeitigen Einerntung liegenden Verschlechterung verpflichtet, ist eine andere Frage, die der Jurist hier außer Acht gelassen hat, die dagegen nach l. 9 § 7 de usufr. ganz nach den allgemeinen Principien zu beantworten ist, indem dort von Ulpian gesagt wird:

> Nam et Trebatius scribit, silvam caeduam et arundinetum posse fructuarium caedere, *sicut paterfamilias caedebat*[k]).

---

f) L. 30 de V. S. 50, 16. *Gaius*. — Silva caedua est, ut quidam putant, quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius eam esse, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur.

g) Vgl. z. B. von Vangerow Leitfaden § 344 Anm. 1.

h) Silvam caeduam, etiamsi intempestive caesa sit, in fructu esse constat, sicut oliva immatura lecta, item foenum immaturum caesum in fructu est.

i) Das dieser Stelle zu Grunde liegende Princip werden wir später in diesem Paragraphen zu betrachten haben.

k) Man will freilich diese Stelle auf eine silva caedua im weitern Sinne

Ein sorgfältiger Eigenthümer wird aber die Erfahrung nicht außer Augen lassen, daß solche Hölzungen eine bestimmte Zeit hindurch einen besonders starken Wuchs haben können und daher vor derselben nicht in ihrem Wachsen gestört werden dürfen, ferner, daß ihr Ertrag, wenn das Holz in einem zu jungen Zustand geschlagen wird, unverhältnißmäßig viel geringer sein kann, als wenn noch einige Zeit gewartet wird, und wie er selbst daher die forstwirthschaftlichen Regeln nicht außer Acht lassen wird, so darf es auch der Usufructuar nicht thun und darf selbst nicht unzeitig schlagen, wenn auch der Usufruct seinem Ende in kürzester Frist entgegenzugehen droht, und daher der ganze vorhandene Holzbestand voraussichtlich dem Eigenthümer zufallen wird. Gleiches gilt auch hinsichtlich der andern in l. 48 behandelten Beispiele, und läuft daher der Usufruct an einer Wiese im Frühjahr zu Ende, so darf der Usufructuar nicht noch vorher das junge Gras mähen und den eben begonnenen Graßwuchs für das ganze Jahr stören, wenn gleich er wohl das Eigenthum an den gemähten Gras erhält. Also nur arbitratu boni viri darf er die einzelnen ihm zukommenden Theile der Pflanzen einernten.

Dagegen darf der Usufructuar der Regel nach ganze Bäume oder Gesträuche, welche sich auf dem dienenden Grundstück befinden, nicht angreifen, mögen sie zum Fruchttragen bestimmt sein oder gar ganz nutzloß dastehen, und selbst dann, wenn sie durch Andere oder durch Windstöße ausgerissen sind, darf er sich das Holz nicht aneignen[1]). Nur da verhält sich dies anders, wo das Grundstück seinen wesentlichen Zweck darin hat, Holz zu produciren, also die Bäume und Gesträuche von vorne herein nur die Bestimmung haben, gefällt zu werden. Bei einem derartigen Walde [der silva caedua im weitern Sinne] ist der Holzertrag ein regelmäßiges Emolument des Eigenthums, und es wird daher mit Recht angenommen, daß

---

beziehen, in welchem sie nach jener Erklärung von Gaius den zur Holzerzeugung bestimmten Wald bezeichnet; allein die Gleichstellung derselben mit dem arundinetum weist auf den engern Sinn hin, indem Rohrstücke grade die Eigenschaften haben, welche Gaius als das Kennzeichen einer solchen silva caedua nennt: quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur.

1) L. 12 pr. de usufr.

gerade er dem Usufructuar nach dem Willen der Constituenten zufallen sollte, zumal sonst der Usufruct meistens sehr geringe oder gar keine Vortheile bieten würde[m]). Daß der Usufructuar nun aber nicht nach Belieben alles Holz abschlagen und den Wald gänzlich devastiren kann, folgt aus der Beschränkung, die ihm hier, wie überall, entgegentritt, indem er boni viri arbitratu sein Recht üben muß[n]), — oder, wie sie für diesen Fall specialisirt lautet, indem er nur in Gemäßheit der forstwirthschaftlichen Regeln fällen darf, welche in jener Gegend für solche Gehölze, wie die fraglichen, von allen verständigen Eigenthümern befolgt zu werden pflegen.

Neben den Erträgnissen aus den auf dem Grundstück gewachsenen Pflanzen darf der Usufructuar Mineralien aus den dort befindlichen Steinbrüchen, Sandgruben, Bergwerken u. s. w. gewinnen[o]), und auch dann, wenn er erst selbst diese Anlagen in Gemäßheit der im vorigen Paragraphen erörterten Regeln gemacht hat[p]), nur immer vorausgesetzt, daß er wie ein bonus paterfamilias handelt. Ferner hat er die Einkünfte aus den dort befindlichen Bienen[q]), aus der Jagd, dem Vogelfang und der Fischerei[r]). Dagegen erwirbt er nicht

---

m) L. 22 pr. de usu 7, 8.

n) L. 9 § 7 de usufr. 7, 1.

o) L. 9 § 2 daselbst.

p) L. 9 § 3 daselbst.

q) L. 9 § 1 daselbst.

r) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 22; l. 9 § 5, l. 62 pr. de usufr. Wenn dagegen die l. 26 de usur. et fruct. lautet: *Julianus* libro VI ex Minicio. — Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet, so hat sie wohl nur den einen Gesichtspunkt im Auge, der in diesem ganzen Titel der vorherrschende ist, was bei Berechnung des Interesses im Falle der nicht gehörig gemachten Leistung bei Berechnung des wahrscheinlichen Ertrags eines Grundstücks berücksichtigt werden muß, und bestimmt da, daß der etwaige Ertrag der Jagd regelmäßig nicht in Anrechnung gebracht werden darf, indem dieser zu ungewiß ist, oder zu sehr von der persönlichen Geschicklichkeit und dem Zufall abhängt, als daß sich mit Sicherheit darauf bauen läßt. Nur wo der besondern Beschaffenheit des Grundstücks wegen ein so regelmäßiger Ertrag erwartet werden kann, daß dieser auf die Bestimmung des Werths des Grundstücks von Einfluß sein wird, und sich so schon äußerlich als Frucht desselben darstellt, soll auch für die entzogene Jagd Ersatz geleistet werden.

etwa das, was dem Grundstück während der Zeit des Usufructs durch Alluvion zuwächst[s]), wenn gleich sich sein Usufruct auch hierauf erstreckt[t]), sondern dies fällt iure accessionis dem Eigenthümer zu.

Unser oben aufgestelltes Princip könnte aber deßhalb als unrichtig erscheinen, weil der Usufructuar auch ein bleibendes Eigenthum an dem Nachbarhause erwirbt, in welches er, weil auf sein Verlangen die cautio damni infecti nicht geleistet wurde, durch das zweite Dekret immittirt[u]) und damit in Folge des Usufructs zu einer Sache gelangt ist, die keineswegs kraft eines im Wesen der dienenden Sache begründeten Gesetzes aus derselben und in regelmäßiger, vorauszusehender Weise hervorgegangen ist. Dieser Einwand wird dadurch unterstützt, daß **Ulpian** (a. a. O.) die obige Regel mit dem Satz in Verbindung bringt, daß alle Erträgnisse eines Hauses [quicunque reditus, — quaecunque obventiones] dem Usufructuar zufallen, und also auch das baufällige Haus als einen Ertrag des im Usufruct stehenden Hauses hinstellt. Untersuchen wir aber das fragliche Verhältniß näher, so liegt der Rechtsgrund, in Folge dessen das Nachbarhaus gewonnen wird, nicht in dem usufructuarischen Recht des Erwerbenden, sondern in dem Delict des Verlierenden, der troß dem vom Usufructuar geschworenen Kalumnieneide und troß der gerichtlichen Aufforderung die Kaution nicht bestellt hat. Um dessentwillen wird ihm das Haus ab- und dem Imploranten zugesprochen[v]). Der Usufruct war allerdings die Veranlassung, in Folge deren der Usufructuar den Calumnieneid schwören und der prätorischen Cognition Stand halten konnte; allein dazu genügte auch eine Reihe von andern Rechtsverhältnissen, die keineswegs einen Anspruch auf irgend welchen Fruchtgenuß gaben, wie ja schon den Frauen der Inquilinen und ebenso denen, die bei diesen wohnen, auf ihr Verlangen cavirt werden muß[w]) und demnach auch diese alle schließlich bei verweigerter Caution Eigenthum am Nachbarhause erwerben können. Neben dem

---

s) **Paul. Rec. Sent. III, 6 § 22.**

t) Vgl. § 25 S. 213.

u) L. 7 § 1 de usufr.

v) Vgl. die Worte des Edicts in l. 7 pr. de damno infecto 39, 2.

w) L. 13 § 5 de damn. inf.

Usufructuar kann auch immer noch der Eigenthümer des usufructuarischen Grundstücks die Caution verlangen und bei deren Verweigerung Einweisung in das baufällige Haus zugleich mit jenem erreichen, während sonst überall, wo es sich um Fruchtgewinn handelt, der Usufructuar den Eigenthümer gänzlich ausschließt, und dieser nur erwerben kann, wo der Usufructuar nicht erwerben will. Auch darin liegt eine Hinweisung, wie der Eigenthumserwerb hier nur als eine Folge des erlittenen Delicts erscheint und er also die obige Regel über den Umfang des usufructuarischen Rechts auf die Erzeugnisse einer Sache nicht umzustoßen vermag.

Bei dem Usufruct an Thieren erwirbt der Usufructuar die Jungen derselben[x]), und erleidet dies nur da eine Beschränkung, wo nicht ein oder mehrere einzelne Thiere Gegenstand des Usufructs geworden sind, sondern dieser an einer Heerde, also an dem Begriffsganzen, bestellt ist, indem dann die Jungen der einzelnen Thiere, die zwar als deren Früchte gelten würden, doch nur so weit als Früchte der Heerde erscheinen, als die Kopfzahl derselben während des Usufructs wirklich vermehrt ist, so daß also der Usufructuar zunächst die abgegangenen, ja selbst die für die eigentliche Bestimmung der Heerde unbrauchbar gewordenen Thiere aus dem Nachwuchs ergänzen muß und nur das, was dann noch übrig bleibt, sich aneignen darf[y]). Ebenso verhält es sich, wenn der Usufruct an einem Thiergarten bestellt ist; der Usufructuar darf dann in demselben jagen, wenn er nur den Wildstand der Zahl nach auf der Höhe erhält, wie er ihm übergeben ist, und also nur so viel erlegt, als durch Nachwuchs oder neue Besetzung hineingekommen ist[z]). Hiervon abgesehen gewährt der Usufruct an Thieren einen Anspruch auf die Producte, durch welche sie regelmäßig und wiederholt nutzbringend sind, wie namentlich auf ihre Arbeitskraft, auf ihre Milch, ihre Wolle und Haare, ja selbst auf ihren Dünger[aa]); jedoch giebt er

x) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 20; § 37 J. de rer. div. II, 1; l. 68 § 1, l. 69 de usufr.; l. 28 pr. de usur. et fruct. 22, 1.

y) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 20; l. 69 und 70 de usufr.

z) L. 62 § 1 de usufr.

aa) Arg. leg. 12 § 2 de usu 7, 8; l. 28 pr. de usur. et fruct 22, 1.

kein Recht auf das Fleisch und die sonstigen brauchbaren Stoffe, welche erst nach ihrem Tode von ihnen entnommen werden können [bb]). Denn wenn diese auch für den Eigenthümer regelmäßig einen im Voraus zu erwartenden Ertrag bilden, so ist er doch kein wiederkehrender und fällt daher nicht unter den Begriff der Frucht des Thieres, vielmehr erlöscht der Usufruct mit dem Momente des Todes, da dann die seither dienende Sache gänzlich aufhört und die übriggebliebenen Reste einer ganz andern Art von Sachen angehören.

Die seither von uns dargestellten Grenzen des usufructuarischen Rechts, die Erzeugnisse der dienenden Sache in Anspruch zu nehmen, erhalten aber in zweifacher Beziehung eine Erweiterung. Erstens hat nämlich der Usufructuar, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt ist, die Befugniß, die dienende Sache zu repariren, welcher Befugniß häufig sogar eine dahin zielende Verpflichtung zur Seite steht (vgl. § 53); hierbei wird mitunter eine Loßtrennung einzelner Theile und Ersetzung derselben durch neues Material erforderlich sein, und aus Billigkeitsrücksichten wird dem Usufructuar zur Entschädigung für letzteres das Eigenthum an dem Ausgeschiedenen zugesprochen. So soll er, wenn er auf einem zur Cultur bestimmten Acker an die Stelle abgestorbener Bäume neue gepflanzt hat, das Holz von jenen erwerben können [cc]) und er auch bei dem Usufruct an einer Heerde die als unbrauchbar ausgeschiedenen Thiere, oder das Fleisch der gestorbenen behalten, wenn er sie in der eben erwähnten Weise ersetzt hat [dd]). Zweitens kann der Usufructuar solche Sachen, welche nicht unter den erwähnten engen Begriff der Früchte fallen, auch dann angreifen, wann er sie zur Reparatur der dienenden Sache selbst verwenden will, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er zu solcher Reparatur verpflichtet ist, oder nicht. Allerdings fließt diese Befugniß mehr aus seinem Administrationsrecht als aus seinem Recht auf Fruchtbezug; weil sie ihm aber da, wo er sonst aus Eigenem

---

bb) L. 30 quib mod. ususfr. 7, 4.
cc) L. 18 de usufr.
dd) L. 69 und l 70 § 2 de usufr.

das Material zur Reparatur beschaffen müßte, zu Hülfe kommt, so wirkt sie indirect so, als ob durch dieselbe aus der fremden Sache seinem Vermögen ein Zuwachs würde, und also ebenso, wie die Befugniß zum Fruchtbezug. So darf er, um Baumaterial für Herstellung des Wirthschaftsgebäudes auf einem Landgut zu erlangen, Kalk und Sand graben [ee]), Bauholz schlagen, die für die Bestellung des Weinbergs nöthigen Pfähle oder Zweige zum Anbinden der Reben von den auf dem Gute wachsenden Bäumen nehmen [und zwar aus der silva non caedua sowohl, wie aus der silva caedua] [ff]). Nur sind diese beiden Erweiterungen seiner Befugnisse wieder an die Bedingung geknüpft, daß er sie arbitrio boni viri ausübe, und nur so weit davon Gebrauch mache, als auch ein bonus pater familias also mit seiner eigenen Sache verfahren haben würde. Demnach wird auch ausdrücklich erwähnt, er solle, um Pfähle für den Weinberg zu erhalten, nicht große Bäume fällen [gg]).

An den Erzeugnissen der im Ususfruct stehenden Sachen, auf welche der Usufructuar nach dem Obigen Anspruch machen kann, erwirbt er aber erst durch Besitzergreifung, durch Perception, wirkliches Eigenthum [hh]). Bis dahin kann er zwar wegen jeder Verletzung oder Entwendung der Früchte seine Klagen aus dem Ususfruct erheben, da dieser zugleich verletzt ist, oder er kann auch wohl wegen

---

ee) Vat. fragm. § 71; l. 12 pr. de usufr.

ff) L. 10 und l. 11 de usufr. Vgl. l. 9 § 7 daselbst.

gg) L. 11 de usufr. 7, 1.

hh) § 36 J. de rer. div. II, 1; l. 12 § 5 de usufr.; l. 25 § 1 de usur. 22, 1; l. 6 § 2 C. de bon. quae lib. 6, 61. Die Frage, wann percipirt ist, ist nach den allgemeinen Regeln über Besitzerwerb zu beantworten; eine Anwendung derselben auf die Perception der Feldfrüchte enthält l. 13 quib. mod. ususfr. 7, 4: Si fructuarius messem facit, et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse, fructumque percipi spica aut foeno caeso, aut uva ademta, aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit.

Störung im Besitze seiner Servitut die Interdicte brauchen; die auf das Eigenthum gegründeten Klagen, wie die rei vindicatio, und was practisch besonders wichtig war, die auf eine höhere Entschädigung gerichtete actio furti[ii]) stehen nicht ihm, sondern dem Eigenthümer der dienenden Sache zu. Man hat häufig für den Ususfruct an Thieren diese Grundsätze in so fern geleugnet, als die Jungen sofort nach ihrer Geburt dem Usufructuar eigen sein sollen, und beruft sich dafür auf die §§ 36 und 37 J. de rerum divis. II, 1, wo zuerst gesagt wird, bei einem ususfructus fundi erwerbe der Usufructuar erst durch Perception die Früchte, dann aber fortgefahren wird:

> § 37. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, pili et lana. Itaque agni et hoedi et vituli et equuli et suculi statim naturali iure dominii fructuarii sunt; partus vero ancillae etc.

Aus dieser Stelle ergiebt sich aber zunächst, daß wenn man statim den Sinn beilegen will „ohne daß eine Perception nöthig ist", dieselbe auffallende Anomalie hinsichtlich der Milch, der Wolle und der sonstigen Producte der Thiere angenommen werden muß, indem im Anfang die Nachkommenschaft der Thiere diesen durchaus gleichgestellt und daraus abgeleitet wird, daß die Lämmer u. s. w. sofort dem Usufructuar zufallen. Für eine solche Bedeutung von statim scheint nun allerdings sehr gebieterisch der erwähnte Gegensatz des § 37 zum § 36 zu sprechen, wo ausdrücklich von dem spätern Erwerb der Früchte die Rede ist, — allein die Auctorität der Institutionen wird hier wesentlich dadurch geschwächt, daß der § 37 mit sehr geringen Abänderungen in den Pandecten [l. 28 de usuris 22, 1] wieder vorkommt, wo er als ein Fragment des Gaius und zwar aus dem liber II Rerum quotidianarum sive Aureorum bezeichnet wird[kk]). Daß das statim in dieser ursprünglichen Fassung nicht im unmittel-

---

ii) L. 12 § 5 de usufr.

kk) Der betreffende Theil lautet dort so: In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Partus vero ancillae und so weiter in völliger Uebereinstimmung mit § 37 J.

baren Gegensatz zu dem Erwerb durch Perception gestanden hat, erhellt daraus, daß Gaius in der l. 28 zunächst den Fruchterwerb des bonae fidei possessor und des Usufructuars zusammen behandelt, also in den voraufgegangenen von den Compilatoren weggeschnittenen Sätzen, wenn solche in unmittelbarem Zusammenhange damit standen, ebenfalls in dieser doppelten Beziehung Untersuchungen über den Umfang des Begriffs der fructus angestellt und nicht von dem Erwerb durch Perception, der für den bonae fidei possesor gar nicht erfordert wird, gesprochen haben wird. Wenn nun also der Zusammenhang, in welchem statim von dem Concipienten jener Regel gebraucht ist, es nicht mit Nothwendigkeit erheischt, dasselbe in einer so anomalen und durch keinen innern Grund gerechtfertigten Bedeutung aufzufassen, so frägt es es sich, ob ein anderer Grund aufzufinden ist, der erklärt, warum Gaius den Erwerb der Thierjungen statim geschehen läßt. Ein durch die Natur der Sache gebotener Unterschied von diesem Erwerb und dem der unmittelbar vorhererwähnten Arten der Thierfrüchte, der Milch und der Wolle, gründet sich darauf, daß letztere, wenn sie überhaupt dem Menschen brauchbar sein sollen, durch positive menschliche Thätigkeit gewonnen werden müssen, so daß also die Perception immer in einem Handeln des Usufructuars oder seiner Stellvertreter bestehen muß. Die Thierjungen dagegen können ohne menschliche Beihülfe zur Welt kommen, und, wenn nur das Mutterthier in der Detention des Usufructuars steht, so daß er auch auf das Junge sofort nach dessen Geburt nach Belieben einwirken kann, wenn er ferner Kenntniß davon hat, daß das Thier ein Junges geworfen hat, oder selbst, daß es werfen werde, und demnach auch animo Besitz erworben hat, so ist die Perception alsbald nach der Geburt des Jungen, ohne daß es irgend welcher Handlung durch den Usufructuar bedarf, durchaus vollendet. An diesen regelmäßig vorkommenden Fall wird Gaius gedacht haben, als er aus dem Satz, daß Thierjungen, wie Milch und Wolle, Früchte sind, ableitete, daß Lämmer und Kälber alsbald dem Usufructuar gehören, keineswegs aber gewollt haben, daß er auch da, wo das im Ususfruct befindliche Thier von Andern, etwa von Dieben besessen werde, sofort Eigenthum an den Jungen desselben erwerbe. Dann müßte auch da, wo der Eigenthümer selbst das Thier detinirt,

der Usufructuar, er möge wollen oder nicht, an allen Jungen sofort Eigenthum erwerben und das Recht des Eigenthümers auf dieselben wäre nicht etwa bloß durch das usufructuarische Recht beschränkt, sondern gänzlich aufgehoben. Das widerspricht aber den Grundsätzen, welche sonst überall in der Lehre vom Usufruct, ja selbst in der ganzen Servitutenlehre eingehalten sind [vgl. § 5, S. 43 ff.], und so möchte die oben erwähnte Stelle des Gaius, die eine andere Erklärung zuläßt, nicht im Stande sein, allein einen genügenden Beweis für diese große Anomalie zu erbringen. Und daß Justinian durch die eigenthümliche Stellung, welche diesem Ausspruch des Gaius in den Institutionen gegeben ist, bewußter Maaßen einen so anomalen Satz habe einführen wollen, erscheint ebenfalls höchst unglaubhaft.

Allein noch andere Stellen scheinen das hier bekämpfte Princip vorauszusetzen. Die l. 12 § 5 de usufr. handelt davon, wem die condictio furtiva zustehe, wenn noch nicht percipirte Früchte einer im Usufruct befindlichen Sache gestohlen sind; sie spricht sie dem Eigenthümer dieser Sache zu, weil er auch Eigenthümer der Früchte sei. Dann fährt sie fort:

> Quum autem in pedenti est dominium, ut ipse Julianus ait, in foetu, qui summittitur, . . . dicendum est, condictionem pendere, magisque in pendenti esse dominium.

Ulpian bezieht sich hier auf den schon erwähnten Rechtssatz, daß der Usufructuar einer Heerde sich nur so viele der Jungen aneignen darf, als nach Ersatz des Abgangs der Heerde übrig bleiben, und da er wählen kann, welche der Jungen er dazu einschießen will, so soll nach dieser Stelle bis zur geschehenen Wahl das Eigenthum an allen Jungen schweben. Man könnte also auch hier sagen, der Eigenthumserwerb ist nicht von dem Acte der Perception abhängig gemacht, sondern von einem ganz andern Umstande. Noch mehr wird eine solche Auffassung durch l. 69 de usufr. unterstützt, wo Pomponius in Beziehung auf denselben Gegenstand sagt:

> Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora[11]) quoque

11) D. h. die als unbrauchbar ausgeschiedenen, die früher ein Theil der Heerde waren, jetzt aber zur Frucht wurden.

ex natura fructus desinunt eius esse; nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est, et quum substituit, desinit eius esse. Hier wird also dem Usufructuar sofort Eigenthum an den Jungen zugesprochen, und dies soll durch das Einschießen in die Heerde wieder aufhören. Diese Ansicht, welche schon der erwähnten l. 12 § 5 widerspricht, wird aber in der folgenden Stelle [l. 70 § 1] bekämpft und ist demnach auch im Corpus Juris verworfen, indem Ulpian sich dort wieder dafür ausspricht, daß es in Frage bleibe, wer Eigenthümer sei, bis die summissio geschehen sei. Diese besteht in irgend einem Akte des Usufructuars, welcher erkennen läßt, daß er grade diese Thiere dauernd der Heerde einverleiben will[mm]). Demnach ist aber auch hier auf die Perception keinerlei Gewicht gelegt. Allein ausdrücklich ausgeschloßen wird sie auch nicht, und da nun mal, wie gezeigt ist, der Erwerb durch Perception allein den Grundsätzen entspricht, welche im Uebrigen in der Servitutenlehre gelten, so können wir auch ohne ausdrückliches gesetzliches Gebot davon nicht abweichen. Demgemäß können wir denn auch diese Stellen nur so auffassen, daß sie die Frage behandeln, ob beim Usufruct einer Heerde die Perception an allen Jungen sofort dem Usufructuar das Eigenthum erwerbe, oder ob die Wirkung derselben nicht vielmehr bis zur geschehenen Ergänzung der Heerde suspendirt sei. Die letztere Ansicht hat die Oberhand erlangt, und so kann der Jurist mit Recht sagen, das Eigenthum schwebe einstweilen. Denn im Moment der Geburt ist allerdings das Eigenthum an den Jungen dem Eigenthümer der Heerden zugefallen; ob dieses aber nicht alsbald durch die Perception des Usufructuars aufgehoben ist, das entscheidet sich eben erst durch die Submission. Die Regel, daß der Usufructuar erst durch Perception die Früchte erwirbt, möchte also auch bei dem Usufruct an Thieren keine Ausnahme erleiden.

Eine Voraussetzung der Perception, wodurch diese erst die Kraft erlangt, Eigenthum zu erzeugen, ist aber immer, daß die Erzeugnisse,

mm) L. 70 § 5 daselbst: Summittere autem facti est, et Julianus proprie dicit dispertire, et dividere, et divisionem quamdam facere, quod dominium erit summissorum proprietarii.

welche vom Usufructuar in Besitz genommen werden, auch in dem concreten Falle wirklich den Character von Früchten an sich tragen. Denn da die Kraft der Perception eben darauf beruht, daß der Percipient mit dem Willen der Constituenten [die hier gleichsam als Vertreter aller spätern Eigenthümer der dienenden Sache erscheinen] den Besitz an den Früchten ergreife, und sie sich demnach etwa als traditio brevi manu darstellt, so hört diese Wirkung auf, sobald nicht mehr vermuthet werden kann, daß der Wille der Constituenten dem Usufructuar zur Seite steht, und das Eigenthum an den betreffenden Erzeugnissen verbleibt daher dem Eigenthümer unbeschränkt. Dies ist auch bei der Frage zu berücksichtigen, von wann an der Usufructuar eine wirksame Perception vornehmen kann, von der Javolen in l. 42 de usufr. legato 33, 2 handelt. Darnach soll zu den Früchten gehören, was uns den Nutzen gewähren kann, welcher der Bestimmung der Sache entspricht[nn]); daher komme es in dieser Beziehung nicht auf die natürliche Reife an, sondern man müsse fragen, zu welcher Zeit der Eigenthümer am vortheilhaftesten die Früchte einernten werde, und da die unreife Olive mehr Oel gebe, wie die reife, so könne man nicht sagen, die unreif geernteten Oliven gehörten noch nicht zu den Früchten. Daraus, daß der Jurist es hier für nöthig erachtet, zu untersuchen, ob die Erzeugnisse bereits den Charakter als Früchte angenommen haben, ergiebt sich, wie es doch möglich ist, daß eine Absonderung derselben von der Hauptsache vor dem Zeitpunkte geschehen kann, wo sie zu Früchten geworden sind, und daß sie daher dann nicht vom Usufructuar percipirt werden können; er will die unreifen Oliven als Früchte betrachtet haben, weil sie in derselben Weise benutzt werden können, wie die reifen, und also zu den Dingen gehören, um derentwillen Oelbäume gehalten werden. Daß sie sogar mehr Oel geben, als die reifen, hebt Javolen hier zwar besonders hervor, allein man darf diesen Umstand wohl nicht benutzen, um zu folgern, daß überall nur dann die Erzeugnisse zu den Früchten gehören, wenn sie in dem Zeitpunkt getrennt werden, wo sie gerade am ergiebigsten sind, sondern das

nn) Das möchte der Sinn der Anfangsworte sein: In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est, u. s. w.

wird von ihm nur hervorgehoben sein, um die vorliegende Entscheidung unzweifelhaft zu machen. Denn eine so enge Umschränkung des usufructuarischen Rechts würde den sonstigen Grundsätzen über den Ususfruct wenig entsprechen und namentlich auch mit der andern von dieser Frage handelnden Stelle, der schon oben (S. 482) erwähnten l. 48 § 1 de usufr. in Widerspruch stehen, in der gesagt wird, daß neben den unreif geernteten Oliven auch das unzeitig geschlagene Holz einer silva caedua und das unreif gemähte Graß zu den Früchten gehöre.

Paulus spricht in der letztern Stelle von der silva caedua, die, wie Gaius in der oben erwähnten l. 30 de V. S. sagt, eine doppelte Bedeutung hat; es entsteht die Frage, an welche er hier gedacht hat, ob er nur hat sagen wollen, da, wo der Usufructuar den ganzen Wald von Zeit zu Zeit rasiren kann, gehört ihm das Holz, auch wo er unzeitig schlägt, oder ob er den weitern Sinn voraussetzte und daher die Regel aufgestellt hat, daß überall, wo in dem Ususfruct die Befugniß liegt, Holz zu schlagen, mag man diese auch nach den oben besprochenen Grundsätzen nur so üben dürfen, daß man hin und wieder aus dem Walde einen einzelnen Baum ausschlagen darf, ihm doch dem Eigenthume nach alles Holz zufalle, was irgendwo vom Usufructuar geschlagen wird, und wenn dadurch auch noch so sehr der Wald devastirt wird [natürlich, ohne daß ihm darum die Ersatzpflicht wegen Verschlechterung der dienenden Sache abgenommen wird]. Wir glauben den letztern Satz in dieser Stelle finden zu müssen, indem für diesen weitern Sinn einmal der juristische Grund spricht, daß alle Bäume, welche in der silva caedua sind, wenn sie auch jetzt noch nicht geschlagen werden dürfen, doch bei lange fortgesetztem Ususfruct in Gemäßheit der forstmäßigen Grundsätze der Axt des Usufructuars anheimfallen, also alle einmal den Character der Früchte annehmen würden, so daß sie in dieser Beziehung den unreifen Früchten oder dem unreifen Grase gleichstehen würden, das der Usufructuar nach dem Obigen auch noch nicht, ohne sich einen Entschädigungsanspruch auszusetzen, einernten darf, und von dem doch gesagt wird, daß es zu den Früchten gehöre, sobald es in entsprechender Weise verwandt werden könne. Die Benutzung des Holzes ist aber natürlich stets dieselbe, mag der

Usufructuar zu dessen Gewinnung berechtigt sein, oder nicht. Sodann spricht dafür aber auch ein Nützlichkeitsgrund, indem sonst das Eigenthum an dem in einer silva caedua vom Usufructuar geschlagenen Holz immer höchst zweifelhaft und ungewiß sein würde, und es für jeden höchst unräthlich erscheinen müßte, von ihm solches zu kaufen, da man nur selten genau würde wissen können, ob er Eigenthümer grade dieses Baumes geworden sei. Denn hätte er seine Befugniß um etwas überschritten und nur ein einzigstes Mal gegen forstwirthschaftliche Grundsätze gehandelt, so würde er nicht nur an so viel Bäumen, als er zu viel geschlagen hätte, kein Eigenthum erworben haben, sondern dies würde auch an allen denen zweifelhaft sein, die etwa gleichzeitig geschlagen wären, da nun ungewiß wäre, welche von den Bäumen als Früchte gelten können und welche nicht. Demnach fordert schon die Rücksicht auf den Verkehr, daß der Usufructuar an allem von ihm geschlagenen Holz Eigenthum erwerbe, und wir kommen also auf den Satz zurück, daß alle Erzeugnisse einer Sache, welche der Usufructuar einstmals als Früchte in Anspruch nehmen kann, vorbehaltlich seiner Ersatzpflicht alsbald von ihm durch Perception erworben werden können, wenn sie dem Zweck gemäß benutzt werden können, den man bei Erzielung von Früchten im Auge zu haben pflegt; ist dies nicht möglich, so erwirbt er das Eigenthum nicht daran, aber dies wird meistens gleichgültig sein, da sie dann auch ganz werthloß sein werden, und so der Eigenthümer der Hauptsache sie doch nicht von ihm wird vindiciren können[oo]).

Neben der seither besprochenen Befugniß, die natürlichen Früchte der dienenden Sache sich anzueignen, hat der Usufructuar auch ein Recht auf die sogen. *fructus civiles* derselben. Dahin gehören nämlich zuerst alle die Einnahmen, welche er in Folge der ihm gestatteten gänzlichen oder theilweisen und temporären Veräußerung seiner Befugniß macht, und die ihm daher zunächst in Folge der Rechtsgeschäfte zufließen, durch welche er veräußert hat, und die nur indirect insofern als Producte der dienenden Sache gelten können, als er nur vermittelst dieser zum Eingehen derartiger Geschäfte be-

oo) Vgl. § 16 Anm. a, S. 138.

fähigt war. Diese Erträgnisse als Früchte der dienenden Sache aufzufassen, war man aber in Rom um so geneigter, als es dort schon üblich war, einzelne Sachen bloß um deswillen zu haben, um sie Andern gegen Entgelt zu überlassen, und so dieses Entgelt dieselbe ökonomische Bedeutung hatte, wie bei andern Sachen die dadurch producirten natürlichen Früchte. Besonders scheinen städtische Gebäude häufig gehalten zu sein, um sie zu vermiethen, und so wird wiederholt gesagt:

Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur [pp]). Dem Falle, wenn der Usufructuar die Ausübung seines Rechts gegen Entgelt veräußert hat, steht in dieser Beziehung völlig der gleich, wenn er in Folge testamentarischer Disposition oder eines Vertrags in ein schon vom Eigenthümer begonnenes Pachtverhältniß eintreten muß, und das ihm kraft seines Usufructs zustehende Recht, jedem und also auch dem seitherigen Pächter die Benutzung zu untersagen [qq]), in Folge dessen nicht ausüben darf; denn der Miethpreis, der ihm in solchem Falle vom Pächter bezahlt wird, fließt ihm wieder nicht unmittelbar aus der Sache, sondern in Folge jener testamentarischen Bestimmung und jenes Vertrags zu. Erwirbt er dann den Usufruct im Laufe einer Miethperiode, wie sie zum Zwecke der Bestimmung des Miethpreises gemacht werden, so frägt es sich, wie viel er von dem für diese Periode zu entrichtenden Zinse beanspruchen darf. Dabei ist, wie allgemein anerkannt wird, zu unterscheiden, ob das Miethgeld als eine Renumeration für den gehabten Gebrauch, oder ob es für die gezogenen Früchte gegeben wird; im ersten Falle wird es unter dem frühern Eigenthümer und dem Usufructuar nach Verhältniß der Zeit, in welcher jeder den ausschließlichen Gebrauch beanspruchen konnte, zu theilen sein, da dann jeder einen Theil der Leistung gemacht hat, für welche der Zins bezahlt wird. Ist er aber nur eine Renumeration für die Früchte, so kommt es darauf an, ob diese unter der Herrschaft des Eigenthümers oder der des Usufructuars percipirt sind; denn da der Letztere ein Recht auf alle Früchte hat, die im Moment, wo der Usufruct anfängt, noch nicht

pp) L. 36 de usur. 22, 1; vgl. l. 7 § 1, l. 59 § 1 de usufr

qq) L. 59 § 1 de usufr.

getrennt sind, mögen sie auch längst reif sein[rr]), so erhält er auch allein, was für die Befugniß, diese Früchte einzuernten, bezahlt wird, wogegen er auch wieder keinerlei Anspruch hat, wenn die Früchte vor der Zeit seines Ususfructs eingeerntet sind[ss]). Es versteht sich, daß häufig beim Beginn des Ususfructs einzelne Früchte der Miethperiode bereits gewonnen sind, andere aber noch Theil der Hauptsache sind, und daß dann untersucht werden muß, wie viel vom Zinse auf jede einzelne Fruchtart zu rechnen ist, und wie viel demgemäß jedem der Beiden davon zufällt, daß ferner der Zins sehr häufig sowohl für die Gebrauchsüberlassung, als für die Gestattung des Fruchtbezugs gezahlt wird, und daß dann ebenfalls eine solche Zerlegung des Miethzins nöthig sein wird. Alles dies wiederholt sich, wenn der Ususfruct im Laufe einer Miethperiode endet und nun festgestellt werden soll, was der Usufructuar oder seine Erben noch vom Miether fordern können[tt]).

Mehr noch gleicht den natürlichen Früchten der Kanon, welcher von einem Superficiar oder Emphyteuten gezahlt wird, indem, wenn Seitens des Eigenthümers an einem zur Emphyteusis oder Superficies vergabten Grundstück ein Ususfruct bestellt ist, der Usufructuar nicht auf Grund eines von ihm eingegangenen Obligationsverhältnisses die Zahlung beanspruchen kann, sondern nur und allein auf Grund seines dinglichen Rechts, also sein Verhältniß dazu dasselbe ist, wie zu den natürlichen Früchten. Während im römischen Rechte diese unmittelbar aus dem Eigenthumsrechte fließenden Forderungsrechte durchaus vereinzelt stehen, ist dagegen in unserm heutigen Rechte die Anzahl derartiger realer Berechtigungen bekanntlich eine viel größere, und haben dadurch denn auch die fructus civiles einen viel weitern Umfang erhalten. Ob aber der Ertrag solcher Berechtigungen, die nicht in regelmäßigen, im Voraus bestimmten Perioden, sondern nur in seltenen, unvorhergesehenen Fällen zur Ausübung kommen, dem Eigenthümer oder dem Usufructuar zufallen, wird eine oft schwer zu lösende Frage sein, bei deren Beantwortung der analog der seit-

---

rr) L. 27 pr. de usufr.

ss) Arg. leg. 58 pr. de usufr.

tt) L. 58 cit.

her dargestellten Lehren zu erforschende muthmaßliche Wille der Constituenten den leitenden Gesichtspunkt geben muß.

Wir haben bei den Untersuchungen, welche wir zur Feststellung des Begriffs der Früchte seither gemacht haben, eine Art des Ususfructs ganz außer Augen gelassen, die in den Quellen grade hinsichtlich der vorliegenden Frage besonders viel berücksichtigt ist und sich vorzüglich einer sorgfältigen Ausbildung Seitens der römischen Jurisprudenz zu erfreuen hat. Wir meinen den Ususfruct an einem Sklaven. So viel interessante Seiten derselbe aber auch für die Kenntniß der Stellung der Sklaven im römischen Volksleben bietet, und so sehr sich auch für manche Institute des Obligationenrechts wichtige Folgerungen aus der Gestalt machen lassen, in welcher sie bei einem Zusammentreffen mit einem solchen usufructuarischen Verhältniß erscheinen, so hängt doch dies letztere mit Einrichtungen der römischen Welt voraus, die heutigen Tags mit allen ihren Consequenzen untergegangen sind, und wie deßhalb die vielen hierher bezüglichen Regeln unserer Quellen durchaus unpraktisch sind, so vermögen sie auch weiter nicht auf die Grundlehren vom Ususfruct ein neues Licht zu werfen; um sie aber für die erwähnten Institute des Obligationenrechts auszubeuten, bedürfte es eines tiefern Eingehens in letztere, als es den uns hier gestellten Grenzen entsprechen würde. Wir begnügen uns daher, die Hauptgesichtspunkte kurz anzugeben, und im Einzelnen auf die Quellen selbst zu verweisen.

An den Kindern, welche von einer im Ususfruct befindlichen Sklavin während desselben geboren werden, erwirbt der Usufructuar keinerlei Anrecht [vgl. § 25 S. 205], vielmehr werden diese als Accessionen, nicht als Früchte der Mutter aufgefaßt[uu]). Von dem Eigenthum, dem Besitz, den Obligationen u. s. w., welche durch den Sklaven erworben werden, gilt nur das als Frucht desselben, welches durch körperliche Arbeit (ex operis), wozu der bloße Abschluß eines

---

uu) Paul. Rec. Sent. III 6, § 19; § 37 J. de rer. div. II, 1; l. 27 pr. de her. petit. 5, 3; l. 68 pr. de usufr.; l. 28 § 1 de usur. et fruct. 22, 1.

Geschäfts oder sonstige einfache Willensäußerung nicht gerechnet wird, oder welches mit Hülfe der zum Vermögen des Usufructuars gehörenden Sache (ex re) erworben ist[vv]). Darum hat der Usufructuar keinen Anspruch auf Erbschaften, auf Legate und Geschenke an den Sklaven[ww]) [es sei denn, daß diese nur des Usufructuars willen gemacht sind[xx])], ferner nicht auf einen vom Sklaven gefundenen Schatz[yy]). Bei Erwerbungen durch onerose Geschäfte bleibt es so lange zweifelhaft, wem dieselben zufallen, bis entschieden ist, ob die Gegenleistung aus dem Vermögen des Usufructuars, wozu natürlich auch das von diesem dem Sklaven gegebene Peculium gehört[zz]), gemacht werde oder nicht, und kann es so Eigenthum, Besitz und Obligationen mit ungewissen Subjecten geben[a2]). Sobald der Sklave nur ex re usufructuarii handelt, kann er für denselben jeden Erwerb machen, der überhaupt von Sklaven gemacht werden kann, namentlich auch Ansprüche aus einem Miethvertrage erwerben, den er über seine eigenen Arbeitskräfte abschließt [denn die operae gehörten ja zum Vermögen des Usufructuars[b2])], ferner durch bloße Verträge ihm Exceptionen, durch Acceptilationen Liberationen[c2]), so wie durch Stipulationen jeder Art demselben Klagrechte erwerben. Namentlich dies letztere Verhältniß wird sehr detaillirt besprochen und für die verschiedensten Fälle ausgebildet, und so finden wir Bestimmungen darüber, wie es

---

vv) Paul. Rec. Sent. V. 7, § 3; Gai. II, § 91; Fragm. Vat. § 71; § 4 J. per quas pers. cuique acq. II, 9; § 2 J. per quas pers. neb. oblig. III, 28; l. 21, l. 25 § 7, l. 31 de usufr; l. 3 de oper. 7, 7; l. 10 § 3, l. 37 § 5 de acq. rer. dom. 41, 1; l. 1 § 8 de acq. poss. 41, 2.

ww) L. 45 de acq. hered. 29, 2; l. 22 de usufr.; l. 10 § 3, l. 43, l. 49 de acquir. rer. dom. 41, 1.

xx) L. 21, l. 22, l, 24 de usufr.; Vat. fragm. § 71.

yy) L. 63 § 3 de acq. rer. dom. 47, 1.

zz) L. 31 de usufr.; l. 24 de act. emt. vend. 19, 1.

a[2]) L. 12 § 5, l. 25 § 1 de usufr.; l. 43 de acquir. rer. dom. 41, 1; l. 43 § 10 de evict. 21, 1.

b[2]) L. 25 § 2, l. 26 de usufr.

c[2]) Vat. fragm. § 72; l. 23 pr. de usufr.; l. 55 de pact. 2, 14; l. 63 de solution. 46, 3.

zu halten sei bei Stipulationen zwischen dem Eigenthümer und dem Sklaven, oder dem Usufructuar und dem Sklaven, wie bei einem Ususfruct, der nur an einem ideellen Theil besteht, wie weit ferner der Wille des Sklaven zu Gunsten des Eigenthümers oder des Usufructuars wirken könne u. s. w[d2]).

In allen diesen Bestimmungen können wir wieder den Grundgedanken entdecken, daß nur das auf den Usufructuar übergehen soll, was als ein gewöhnliches Emolument des Eigenthums erscheint, und worauf daher der Wille der Constituenten vermuthlich auch gerichtet gewesen ist; wo dagegen ein außerordentlicher, unvorhergesehener Fall den Erwerb herbeiführt, steht dieser Wille dem Usufructuar nicht mehr zur Seite, und das Recht des Eigenthümers erscheint soweit unbeschränkt. Dagegen steht es im entschiedensten Contraste mit dem ganzen sonstigen Servitutenrecht, wenn der Usufructuar diese Früchte der Sklaven ohne eigene Thätigkeit (ipso iure) erwirbt, und von der Forderung der Perception hierbei ganz abgegangen werden muß. Allein sein Recht beschränkt sich nicht bloß auf die Körperthätigkeit des Sklaven, sondern ergreift auch dessen Willen, und dieser ersetzt daher auch, so weit das Recht des Usufructuars reicht, die Willensthätigkeit des Letztern in derselben Weise, wie er sonst Willenshandlungen des Eigenthümers überflüssig machen kann. Daß dem Usufructuar auch ohne sein Wissen Eigenthum, Besitz, Obligationen u. s. w. vom usufructuarischen Sklaven erworben werden können, entspricht demnach dem ganzen römischen Sklavenrecht, welches demgemäß auch die Klagen, die gegen die Eigenthümer auf Grund der von dem Sklaven abgeschlossenen Obligationen gegeben wurden, unter analogen Voraussetzungen gegen den Usufructuar gewährte[e2]).

---

d²) L. 24 und l. 25 de usufr.; l. 37 § 3 und § 5 de aquir. rer. dom. 41, 1; l. 98 § 7 de solution. 46, 3; l. 1 § 5, l. 18 § 3, l. 22 — l. 24, l. 27, l. 28, l. 31, l. 32, l. 33 § 1 de stipul. servor. 45, 3.

e²) Die Peculienklage nach l. 2, l. 19 § 2, l. 37 § 3 de pecul. 15, 1; l. 1 § 9 quando de pecul. act annal 15, 2; die *actio quod iussu* nach l. 1 § 8 quod iussu 15, 4; die *actio de in rem verso* nach arg. leg. 13 de in rem vers. 15, 3; „*ceteraeque actiones honorariae*“ nach l. 2 de pecul.

Auch am Schlusse dieses Paragraphen möchte es räthlich sein, eine Uebersicht über die Schutzmittel zu geben, welche dem Eigenthümer zur Seite stehen, um sich gegen Uebergriffe des Usufructuars in Beziehung auf die Erzeugnisse der dienenden Sache zu schützen, indem Letzterer vermöge seines Anspruchs auf die Detention der Hauptsache sich meistens in einer Lage befinden wird, wo er nach Belieben auf die Erzeugnisse einwirken kann. Sobald diese jedoch überall nicht den Charakter von Früchten haben, ist auch, wie schon erwähnt, eine wirksame Perception derselben durch den Usufructuar nicht möglich, und kann daher der Eigenthümer sie, wenn er sie nicht etwa durch Verjährung verloren hat, von jedem Besitzer [dem der fictus possessor natürlich gleichsteht] vindiciren. Häufig wird dann auch in der unberechtigten Anmaßung solcher Erzeugnisse ein Delict liegen, und kann daher eine actio und condictio furti oder eine actio legis Aquiliae gegen den Usufructuar erhoben werden, wie auch das interdictum Quod vi aut clam angestellt werden kann, wenn etwas als Frucht losgelößt wird, welches nicht den Character einer Frucht hat, vorausgesetzt, daß diese Loßlösung als ein opus erscheint, wie dieser Begriff für das interdictum Quod vi aut clam festgestellt wird[f²]). Das allgemeinste und überall anwendbare Mittel des Eigenthümers wird aber wieder die actio ex stipulatu sein, da in der Caution ausdrücklich versprochen war, zu restituiren, was bei regelrechter Ausübung des Usufructs von der Sache übrig sein werde, und die Erfüllung dieses Versprechens unmöglich wird, wenn der Usufructuar mehr Theile der Sache verwendet, als ihm zustanden[g²]).

§ 53.

Die auf dem Usufructuar ruhenden Lasten.

Wir haben seither gefunden, wie die dem Usufructuar bei der Usufructbestellung anscheinend ganz allgemein überlassene Befugniß, die Sache zu gebrauchen und Früchte daraus zu ziehen, doch auf

f²) Vgl. z. B. l. 9 — l. 12 quod vi aut clam. 43, 24.

g²) L. 1 pr. usufruct. quemadm. caveat 7, 8

Grund des muthmaßlichen Willens der Constituenten gar mannigfache Beschränkungen erleidet; auf denselben Grund wird zurückgegangen werden müssen, um zu bestimmen, welche Lasten der Usufructuar übernehmen muß. Allerdings wird die Verpflichtung desselben zur Leistung gewisser Prästanda in den Quellen durch die von ihm bestellte Caution zu begründen gesucht; aber daß eine solche bestellt werde, das gilt, wie oben ausgeführt ist, als eine Bedingung, die von den Constituenten stillschweigend oder ausdrücklich der Usufructerrichtung zugefügt ist, und was daher das allgemeine Versprechen derselben, se boni viri arbitratu usurum fruiturum esse, im Einzelnen bedeute, wird dadurch bestimmt werden müssen, daß man auf den wahrscheinlichen Willen derer zurückgeht, welche diese Caution anordneten.

Der Zweck einer Usufructbestellung ist ja nun in der zeitweiligen Ueberlassung der regelmäßigen Vortheile des Eigenthums an der betreffenden Sache zu suchen; aber es frägt sich, dachten die Constituenten dabei an die ganze Fülle der Vortheile, wie sie an und für sich aus der Sache hervorgehen, oder setzten sie die Nachtheile in Abrechnung, welche überall und immer mit dem Halten der fraglichen Sache verbunden zu sein pflegen, so wie es jeder Hausvater zu machen pflegt, wenn er die Vortheile einer solchen Sache erwägt, — wollten sie also dem Usufructuar den natürlichen Ertrag zuwenden, oder den ökonomischen (Reinertrag). Für den letztern wird überall, wo nichts anders ausdrücklich bestimmt ist, zu präsumiren sein. Denn schon dadurch, daß im Gefolge der Befugniß zum uti frui auch immer die Befugniß, die Sache körperlich zu detiniren, auf den Usufructuar übergeht, wird er meisten Theils auch allein die factische Möglichkeit haben, die Handlungen vorzunehmen, welche regelmäßig an und mit der Sache gemacht werden müssen, um sie im gehörigen Stande zu erhalten. Wollten die Constituenten ihm also den ganzen natürlichen Ertrag der Sache zuwenden ohne ihm die Verpflichtung aufzulegen, aus demselben auch die zur Erhaltung der Sache nöthigen Verwendungen zu machen, so würde das Eigenthum fortwährend gefährdet und von dem Belieben des Usufructuars abhängig sein; es würde ferner, da der Letztere doch gewöhnlich diese Handlungen vornehmen würde, um sich die Sache zu erhalten, eine

große Masse einzelner Obligationen zwischen dem Usufructuar und dem Eigenthümer entstehen, indem der Usufructuar Ersatz für die Verwendungen als Negotiorum Gestor oder doch wenigstens auf dem Wege der Retention verlangen und so das einfache Verhältniß des Usufructs mit Nothwendigkeit eine Menge complicirter Rechtsverhältnisse im Gefolge haben würde. Daß das der Wille der Constituenten gewesen sei, erscheint unwahrscheinlich, und zwar um so mehr, als sonst der Eigenthümer in gar vielen Fällen unverhältnißmäßig belastet sein würde, indem er jeden Vortheil der Sache für die Dauer des Usufructs entbehren, und doch alle Unterhaltungskosten u. s. w. tragen müßte, ja das könnte häufig, z. B. wenn ein Usufruct an Thieren oder Sklaven bestellt ist, dahin führen, daß der Eigenthümer ganz auf sein Eigenthum verzichtet, da die Lasten desselben den künftig zu erwartenden Vortheil bei Weitem überwiegen möchten. Wie demnach die Billigkeit dafür spricht, daß, wer die Vortheile einer Sache hat, auch die Lasten trage, welche unausbleiblich aus derselben hervorgehen, so werden auch die Constituenten nur die Vortheile, welche das Eigenthum nach Abzug dieser Lasten gewährt, auf den Usufructuar haben übertragen wollen, und in dem uti frui secundum boni viri arbitrium, welches der Usufructuar zu geloben hat, soll darum auch das Versprechen enthalten sein, daß er mit der usufructuarischen Sache alle die positiven Handlungen vornehme, welche ein sorgfältiger Mann regelmäßig mit seiner eigenen Sache vorzunehmen pflegt, um dieselbe in guten Stand zu erhalten[a]), und zwar ohne daß er deßhalb Ersatz für die aufgewandten Kosten verlangen könne[b]). Demgemäß ist seine Stellung gegenüber der körperlichen Sache, die er in Händen hat, durch ein Obligationsverhältniß geregelt, und er steht denen, welche in Folge von Contracten fremde Sachen detiniren, durchaus gleich. Da er nun aus einem Rechtsgeschäft verpflichtet ist, welches ihm zum Vortheil dient, so haftet er für jeden Grad der Culpa[c]).

---

a) L. 13 § 2 de usufr.

b) L. 4 de op. serv. 7, 7.

c) L. 2 usufr. quemadm. 7, 9. — nam fructuarius custodiam praestare debet. — L. 65 pr. de usufr. 7, 1. Debet omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.

Wenn wir nun also den letzten Grund dieser Verpflichtung des Usufructuars in dem Willen der Constituenten suchen, so liegt in diesem auch wieder die Grenze jener Verpflichtung, indem der Usufructuar nur die Handlungen vornehmen muß, welche jene ihm vermuthlich aufbürden wollten, und also, was davon die Bedingung ist, voraussehen konnten. Daraus folgt, daß er alles das zur Erhaltung und zum Schutz der Sache thun muß, was regelmäßig von jedem sorgsamen Mann ununterbrochen oder in bestimmt wiederkehrenden Perioden vorgenommen wird, daß aber seine Verpflichtung aufhört, wo die Verwendungen durch unerwartete, außerordentliche Ereignisse herbeigeführt werden, oder doch wenigstens durch solche, welche nur in weiten Zeiträumen und nicht etwa in jeder einzelnen oder doch in wenigen Fruchtperioden wiederzukehren pflegen. Dies sind die Principien, die wir in den folgenden Anwendungen wiedererkennen werden.

Beim Usufruct an Grundstücken muß der Usufructuar, wenn nicht etwa von den Constituenten ausdrücklich anders bestimmt ist[d]), alle auf der usufructuarischen Sache haftenden öffentlichen Abgaben entrichten, mögen solche ordentliche oder außerordentliche sein, von den Municipien oder vom Fiskus erhoben werden, in Naturallieferungen oder in Gelde bestehen[e]); [denn die Abgabepflicht erscheint als eine regelmäßige Last des Grundstücks, wenn auch der Umfang derselben bald größer oder geringer ist]. Sodann hat der Usufructuar alle Handlungen vorzunehmen, welche nöthig sind, um das Grundstück in seinem jetzigen Rechtsverhältniß zu erhalten, also insonderheit die Usucapion desselben durch einen Dritten zu verhindern[f]), und dem analog auch nicht Servituten und derartige Rechte an der Sache durch langjährige Ausübung entstehen zu lassen, ferner Sorge zu tragen, daß die dem usufructuarischen Grundstücke zustehenden Servituten nicht in Folge von Nichtgebrauch erlöschen[g]). Aber auch den körperlichen Bestand des Grundstücks muß er möglichst zu erhalten suchen, und daher darf er nicht dulden, daß die Wasserleitungen

d) L. 52 de usufr.

e) L. 7 § 2, l. 27 § 3 de usufr.; l. 28 de usu leg. 33, 2. Er soll nach der citirten l. 7 § 2 auch die alimenta ab ea re relicta prästiren.

f) L. 1 § 7 usufr. quemadm. 7, 9.

g) L. 15 § 7 de usufr.

desselben verkommen, so wie er auch den Acker regelmäßig bestellen muß[h]), weil während jeder Fruchtperiode der Ususfruct ablaufen kann, und die Sache dann ohne diese Bestellung nicht in dem gehörigen Zustand restituirt werden könnte. Die Pflanzen, welche er aus dem Boden entnimmt, muß er durch neue in herkömmlicher Weise ersetzen[i]); ebenso muß er da, wo regelmäßig jedes Jahr einzelne Pflanzen abzusterben pflegen, durch Nachpflanzungen den Bestand erhalten[k]). Allerdings ist es, wenn man nur den einzelnen Baum im Auge hat, ein außerordentliches Ereigniß, daß grade dieser in diesem Jahre abstirbt, und man könnte so aus der obigen Regel folgern, der Usufructuar sei nicht zum Ersatz verpflichtet; allein nicht der einzelne Baum ist der Gegenstand des Usufructs, sondern der Wald, der Oelgarten u. s. f., und daß in diesem innerhalb eines oder mehrerer Jahre einzelne Bäume in Folge von Alter absterben, ist eine regelmäßige Erscheinung, welche die Constituenten gewiß voraussehen konnten, wie ja jeder Eigenthümer, der von Zeit zu Zeit in seinem Walde Nachschau hält, regelmäßig finden wird, daß hier und da Ersatz nöthig ist; diesen wird der Wille der Constituenten drum auch wahrscheinlich vom Usufructuar gefordert haben. Daraus ergiebt sich, daß wenn ein solches Absterben in Folge außerordentlicher Naturereignisse, z. B. übergroßer, anhaltender Wärme, oder bei einer Baumart geschieht, bei der es ganz ungewöhnlich ist und nicht erwartet werden konnte, jene Verpflichtung aufhören muß, und so wird auch da, wo ein Usufruct an einem oder mehreren Bäumen und nicht an einem Walde besteht, die obige Regel nicht Platz greifen können, da eben das Ausgehen des einzelnen Baumes ein außerordentliches Ereigniß ist, welches noch dazu die usufructuarische Sache vernichtet[l]). Wo ein Baum durch den Wind ausgerissen wird, braucht der Usufructuar ihn ebenfalls nicht zu ersetzen[m]).

h) L. 13 § 1 de usufr.

i) So bei einer Baumschule l. 9 § 6 de usufr.

k) § 38 J. de rer. div. II, 1; l. 7 § 3, l. 13 § 2, l. 18 de usufr.

l) Ebenso braucht der Usufructuar einzelner Thiere, wenn diese sterben, dieselben nicht aus den Jungen zu ersetzen, wie es nach § 52 S. 486 der Usufructuar einer Heerde muß, vgl. l. 70 § 3 de usufr.

m) L. 59 pr. de usufr.

Befinden sich Gebäude im Usufruct so hat er nicht nur Alles zu thun, was regelmäßig zur Abwendung von Beschädigungen zu geschehen pflegt, sondern auch die kleinen Reparaturen, wie sie wiederholt nöthig sind, rechtzeitig vorzunehmen[n]), und da wird in den Quellen besonderer Nachdruck darauf gelegt, daß er das Dach heil erhalten soll [sarta tecta habere][o]), indem dies ja auch eine ständige und regelmäßige Sorge jedes Hausvaters sein muß. Nur da, wo die gewöhnliche Reparatur nicht mehr ausreicht, sondern das ganze Dach von Grund auf neu hergestellt werden muß, weil es etwa schon zu alt ist, hört diese seine Verpflichtung auf[p]) — also wiederum eine Anwendung der obigen Regel.

Beim Usufruct an Sklaven, muß der Usufructuar denselben nicht nur den nöthigen Lebensunterhalt geben, sondern er soll dies auch in der Weise thun, wie es für Sklaven dieser Gattung angemessen und üblich ist, er soll sie kleiden und nähren secundum ordinem et dignitatem[q]), ja er soll auch bei Krankheiten derselben für Heilung sorgen und den dazu nöthigen Aufwand bestreiten[r]), so daß auch dieser als eine mit dem Halten von Sklaven gewöhnlich verbundene Ausgabe angesehen wurde.

Zur Erfüllung dieser Obliegenheiten beziehungsweise zum Ersatz jedes Nachtheils, welcher dem Usufructuar aus der Nichterfüllung derselben erwächst, kann derselbe sowohl während der Dauer des Usufructs, als auch nach Vollendung desselben mit der Klage aus der Caution angehalten werden[s]), ja wenn in seiner Abwesenheit der Eigenthümer der Sache die nöthigen Handlungen für ihn vorgenommen hat und im vollen Bewußtsein davon, daß er eine fremde Obliegenheit erfülle [quasi negotium eius gerens], so soll er die actio negotiorum gestorum contraria, wie jeder andere, gegen den Usufructuar anstellen

n) Die Materialien dazu darf er, soweit es ohne unverhältnißmäßige Beschädigung möglich ist, aus dem Grundstück entnehmen, vgl. § 52 S. 487.

o) L. 7 § 2 de usufr.; l. 7 C. de usufr. 3, 33.

p) L. 7 § 2 de usufr.

q) L. 15 § 2 de usufr.

r) L. 45 de usufr. — et valetudinis impendia ad eum respicere natura manifestum est.

s) L. 7 § 2, l. 13 § 2 de usufr.

können, obgleich er sich doch auch zugleich selbst gegen Nachtheil geschützt hat [t]). Noch eine weiter gehende Befugniß scheint dem Eigenthümer in l. 50 de usufructu gegeben zu werden [u]), da ihm hier gestattet wird, dem Usufructuar, der noch nicht zur Ausübung des Ususfructs gelangt ist, dieselbe so lange zu verweigern, als bis er für die Verbesserungen, welche der Eigenthümer seit der Constituirung des Ususfructs gemacht hat, Ersatz geleistet hat, ohne daß der Jurist es nöthig findet, vorher zu untersuchen, ob der Eigenthümer denn auch wirklich nur also um des Usufructuars willen verfahren und so durch die Gerirung fremder Geschäfte einen Anspruch auf Ersatz erworben habe. Ja dieses könnte um so auffallender erscheinen, als der Bau einer ganz neuen Scheune nach dem Obigen keineswegs zu den Obliegenheiten des Usufructuars gehört, zu denen er vom Eigenthümer gezwungen werden kann, sondern er vielmehr, wenn er eine derartige Verbesserung freiwillig vornimmt, wie er es nach den Ausführungen in § 50 darf, der Kosten halber nach Beendigung des Ususfructs das Grundstück retiniren kann, bis er vom Eigenthümer Ersatz bis zum Belauf des Werths der dadurch geschehenen Verbesserung erlangt hat (s. den flgd. § 54). Demnach kann der Eigenthümer hier schwerlich als Negotiorum Gestor des Usufructuars aufgefaßt werden. Der Grund der obigen Entscheidung des Paulus ist aber, wie regelmäßig übersehen ist, in einem ganz andern Verhältniß zu suchen. Der Titia ist nur der Ususfruct zur ideellen Hälfte vermacht worden, und sie tritt dadurch mit dem Eigenthümer, dem die andere Hälfte der Nutzungen verbleibt, in eine Art von Communionsverhältniß (siehe § 55). Wie nun jeder von mehreren Miteigenthümern einer Sache Ersatz für die Verwendungen, die er mit Erfolg zur Verbesserung der Sache gemacht hat, im iudicium

t) L. 48 pr. de usufr.

u) Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit, eiusque fidei commisit, ut eiusdem fundi partis dimidiae usumfructum Titiae praestaret; Maevius villam vetustate corruptam, necessariam cogendis et conservandis fructibus, aedificavit; quaesitum est, an sumtus partem pro portione ususfructus Titia agnoscere debeat? Respondit Scaevola, si priusquam ususfructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere, quam eius sumtus ratio haberetur.

communi dividundo oder, wenn er im Besitz der ganzen Sache ist, vermittelst Retention beanspruchen kann, so können auch die mehreren Nutzungsinteressenten ihre zum Zweck der Gesammtnutzung gemachten Ausgaben gegenseitig in Berechnung bringen; dabei können aber Schwierigkeiten entstehen, wenn Eigenthümer und Usufructuare, wie in dem vorliegenden Falle, in der Nutzungsbefugniß concurriren, indem dann bei Ausgaben, die von den Eigenthümern gemacht worden sind, die Frage nahe liegt, ob diese der Nutzung wegen und also für Rechnung der Quasicommunion gemacht sind oder nur des Eigenthums wegen. Bei manchen wird das Letztere auf der Hand liegen, wie z. B. wenn ein Eigenthümer Ausgaben macht, um einen Schatz auf dem usufructuarischen Grundstück zu finden, da der Usufructuar auf diesen ja keinen Anspruch erhält, und also auch nicht seinetwegen Verwendungen gemacht sein können. Bei andern wird sich dagegen sofort erkennen lassen, wie sie nur zum Besten der Nutzungsberechtigten gemacht sind, z. B. wenn der Eigenthümer für die Bestellung des Ackers oder für einen sonstigen Act, der nach dem Obigen dem Usufructuar obzuliegen pflegt, Auslagen gemacht hat; bei andern endlich kann es zweifelhaft sein, ob sie für die Nutzungsinteressenten oder für die Eigenthümer als solche gemacht sind, indem sie einer Seits die Nutzung erleichtern oder vortheilhafter machen, anderer Seits aber auch der Sache eine über die Zeit des Usufructs hinaus dauernde Verbesserung gewähren. Wollte man nun da sagen, es müsse das Verhältniß, in welchem dem Nutzungsinteressen und dem Eigenthümer dadurch Vortheil gewährt werde, auf Ziffern reducirt und demgemäß von beiden Partieen contribuirt werden, so würde die Regelung des Verhältnisses bei der Ungewißheit über die Dauer des Usufructs und demgemäß über die Größe des Nutzens, welchen der Usufructuar wirklich aus der Verbesserung ziehen wird, bis nach Beendigung des Usufructs unterbleiben müssen und selbst dann noch Gegenstand unendlicher Streitigkeiten werden können. Darum giebt **Paulus** in der obigen Stelle ein anderes Mittel an die Hand; er sagt, kommen die gemachten Ausgaben wirklich dem Usufructuar zu Gute, so soll er nach Verhältniß seiner Quote an der Nutzung zuschießen. Damit ist aber die Sache nicht abgemacht, sondern soweit der Usufructuar nach Beendigung des Usufructs dem derzeitigen

Eigenthümer gegenüber die Erstattung aller der Impensen durch Retention der körperlichen Sache durchsetzen kann, welche er, ohne dazu verpflichtet zu sein, zur wirklichen dauernden Verbesserung der Sache gemacht hat, soweit muß er auch Erstattung der Kosten von gleicher Art verlangen können, die Andere auf die Sache gemacht haben, und die er hat ersetzen müssen. Man könnte aber dagegen einwenden, warum der Usufructuar erst dem Eigenthümer bezahlen solle, was er später von dem Eigenthümer wieder restituirt erhält; allein abgesehen davon, das es nicht nothwendig mehr derselbe Eigenthümer ist, der nach Beendigung des Ususfruct die Herausgabe der Sache verlangt, sondern es auch ein Singularsuccessor sein kann, so ist es doch immer für den Eigenthümer viel werth, während ihm die Nutzung der Sache für die Dauer des Ususfructs zur Hälfte entzogen ist, doch wenigstens die Summe, welche er auf diese Hälfte verwandt hat, zur freien Benutzung für diese Zeit zurückzuerhalten, und da ferner bis zur Beendigung des Ususfructs auch der Vortheil, welchen die Sache aus jenen Verwendungen gezogen hat, schon wiederaufgehoben sein kann, so ist es möglich, daß der Usufructuar keinen Grund mehr zur spätern Rückforderung hat.

Aus dem Obigen geht hervor, daß die Regel der l. 50 de usufr. lediglich auf den Fall zu beschränken ist, wo aus dem Eigenthum nur ein ideeller Theil des Ususfructs abgelößt ist und daher ein communionsartiges Verhältniß zwischen Usufructuar und Eigenthümer besteht, daß aber aus derselben keine allgemeinen Regeln über die Obliegenheiten des Usufructuars abgeleitet werden dürfen. Die Befugniß des Eigenthümers Ersatz für Verbesserungen der Sache fordern zu können, geht demnach auch nur so weit, als die Verpflichtung des Usufructuars geht, selbst diese Verbesserungen zu machen, und wird demgemäß auch in den Stellen, wo davon die Rede ist, welche Veränderungen der Eigenthümer während des Bestehens des Ususfructs mit der Sache eigenmächtig machen kann, und zu welchen er der Zustimmung des Usufructuars bedarf, niemals erwähnt, daß er Restitution der Kosten ganz oder theilweise erlangen könne[v]). Allein

v) So z. B. wenn er der Sache Servituten erwirbt l. 15 § 7 de usufr. Außerdem vgl. l. 12 de usufr. leg. 33, 2.

auch in den Fällen, wo an und für sich der Eigenthümer als Negotiorum Gestor des Usufructuars auftreten kann, ist er doch zu einer Klage auf Ersatz nur dann ermächtigt, wenn der Usufructuar sich wirklich in Ausübung des Usufructs befindet und daher wenigstens Detentor der körperlichen Sache ist; wo er das nicht ist, und wo er also sein Recht auf das uti frui so, wie es ihm stets frei steht, gar nicht ausübt, da kann auch nicht von ihm verlangt werden, daß er bestimmte Handlungen zum Besten der Sache vornehmen oder, wenn Andere sie vornehmen, die Kosten derselben bezahle. Denn der Rechtsgrund derartiger Verpflichtungen kann nur in seinem Versprechen gesucht werden, daß er, wenn er brauche, arbitrio boni viri brauchen wolle, und wo er daher gar nicht sein Recht ausübt, kann auch von keinerlei Verpflichtung die Rede sein, und der Eigenthümer hat dann ja selbst ein Recht auf die Nutzungen (vgl. § 5 S. 43) und kann sich daher selbst daraus bezahlt machen. Demgemäß kann denn auch der Usufructuar sich jeder Zeit dadurch von allen Obliegenheiten befreien, daß er die Ausübung aufgiebt[w]), und das konnte er selbst noch dann, wenn bereits ein Arbitrium ergangen war, welches ihm Reparaturen u. s. w. auflegte. Diese Dereliction schloß die Condemnation aus[x]). Doch wenn dadurch, daß die Obliegenheiten nicht zur gehörigen Zeit erfüllt waren, bereits ein positiver Schaden entstanden war, als der Usufructuar seinen Willen, zurückzutreten, zu erkennen gab, so muß er noch für allen diesen Schaden haften[y]), und ferner genügt es auch nicht, um von allen Verpflichtungen frei zu werden, wenn er bloß aus jedem Verhältniß zu der Sache heraustritt, wie man aus dem Wortlaut der l. 64 und l. 65 de usufr. folgern könnte, da dort als Mittel, um von der Reparaturpflicht frei zu werden, das usumfructum derelinquere genannt wird, sondern er muß dieselbe wieder der Gewalt des Eigenthümers übergeben, oder um ein Beispiel zu brauchen, wenn er den Usufruct an einem Pferde hat, so kann er sein Recht nicht in der Weise aufgeben, daß er das Pferd laufen läßt, sondern er muß es dem Eigenthümer zurückerstatten.

---

w) L. 48 pr., l. 64 de usufr.

x) L. 64 de usufr.

y) L. 65 de usufr.

Das folgt aus seiner Verpflichtung zur custodia, welche er durch die Caution übernommen hat[z]; so wie insbesondere auch aus dem zweiten Theil der Caution, welcher sich ja grade auf die Restitution bezog[aa]).

Dabei entsteht aber auch noch die Frage, ob der Usufructuar dann, wenn er sich von den Obliegenheiten befreien will, jedesmal für alle Zeiten auf sein Recht verzichten muß, oder ob es schon genügt, wenn er die Sache zeitweilig an den Eigenthümer zurückgiebt und sich dabei vorbehält, dieselbe später wieder abzuholen. Die Quellen sprechen in diesem Falle immer nur von einem recedere ab usufructu oder von einem derelinquere usumfructum[bb]), also in Ausdrücken, die wohl nur auf ein gänzliches Aufgeben des Usufructs zu beziehen sind. Wie es aber überhaupt vom Willen des Servitutberechtigten abhängt, jeder Zeit die Ausübung zu unterlassen und wiederaufzunehmen, so muß auch dem Usufructuar ein zeitweiliger Rücktritt gestattet und demgemäß auch der Eigenthümer zur Annahme der ihm nur für einige Zeit zurückgegebenen Sache verpflichtet sein, nur daß durch das vom Usufructuar in der Caution ertheilten Versprechen, nach den Grundsätzen der bona fides bei der Ausübung seines Rechts zu verfahren, diese Befugniß und die ihr entgegenstehende Verpflichtung manche Modification erleiden wird. So wird der Verzicht immer wenigstens für eine so lange Zeit geschehen müssen, daß der Eigenthümer auch wirklichen Vortheil aus der ihm gestatteten freien Benutzung zu ziehen vermag, und keineswegs wird der Usufructuar, wenn er z. B. in der Jahreszeit, wo die Sache keinerlei Nutzen gewährt, auf dieselbe nicht die schuldige custodia verwenden mag, sie nur für diese Zeit dem Eigenthümer übertragen dürfen, sondern dieser wird die Annahme verweigern können, wenn ihm nicht auch ein Vortheil geboten wird, welcher der ihm dadurch entstehenden Belästigung wenigstens entsprechend erscheint. Denn sonst wäre er fortwährend der Chikane ausgesetzt, wie sie in dem Willen der Constituenten sicherlich nicht begründet war, und er müßte sich während

z) L. 2 usufr. quemadm. 7, 9.

aa) L. 1 § 1 daselbst.

bb) L. 48, l. 64 und l. 65 de usufr.

der ganzen Dauer des Usufructs stets in Bereitschaft halten, jeder Zeit, wenn es dem Usufructuar gut dünkt, die Sache für diesen zu hüthen und zu bewahren. Zu diesen durch die Rücksicht auf die bona fides gebotenen Beschränkungen des Usufructuars, wird aber auch weiter gehören, daß er durch die zeitweilige Rückgabe dem Eigenthümer nicht Lasten aufbürden kann, die außer Verhältniß zu den Vortheilen stehen, die Letzterem die zeitweilige freie Benutzung zu gewähren vermag, und überläßt er daher diesem die Detention in einem Moment, wo die Sache bedeutender Reparaturen bedarf, oder sonst Verwendungen auf sie zu machen sind, wie sie, wenn er in der Ausübung geblieben wäre, nach den obigen Grundsätzen von ihm hätten gemacht werden müssen, so wird der Eigenthümer, wenn er während seiner Detention diese Verwendungen gemacht hat, so lange den Usufructuar mit seinen Ansprüchen auf Wiederbenutzung des Usufructs zurückweisen können, als nicht der Zeitraum abgelaufen ist, für welche jene Verwendungen Wirksamkeit haben, und also die Sache wieder in einen ähnlichen Zustand ist, wie bei der Rückgabe, und wieder ähnlicher Reparaturen bedarf, oder als sich nicht der Usufructuar zum Ersatz der Verwendungen des Eigenthümers oder wenigstens des Theils derselben, um welchen die Sache noch zur Zeit gebessert ist, bereit erklären sollte.

Mit der oben aufgestellten und seither besprochenen Regel, wonach der Usufructuar alle die Lasten tragen muß, welche in den Augen der Constituenten als eine regelmäßige Minderung des Ertrags der Sache erscheinen, daß seine Verpflichtung aber da aufhört, wo außerordentliche Ereignisse auch außerordentliche und seltene Mittel zur Erhaltung der Sache nöthig machen, scheint es in Widerspruch zu stehen, daß in zwei Verhältnissen an den Usufructuar Anforderungen gestellt werden, die keineswegs auf den muthmaßlichen Willen der Constituenten zurückgeführt werden können, — er muß nämlich, wie schon oben § 8 S. 78 erwähnt ist, im Fall der Usufruct an einem Sklaven besteht, Zuschuß leisten, wenn der Eigenthümer wegen eines Delicts des Sklaven, um die noxae deditio desselben zu vermeiden, die Anforderungen des Beschädigten befriedigen will, widrigenfalls

der Prätor ihm jede Klage aus dem Usufruct verweigert cc) — und er muß im Fall des Usufructs an einem Gebäude, sobald der Eigenthümer einem Dritten wegen Baufälligkeit des Hauses eine cautio de damno infecto bestellt hat, demselben diese Caution ganz oder zum Theil abnehmen, beziehungsweise Zuschuß zahlen, wenn er daraus schon Schadenersatz hat leisten müssen. Beide Fälle finden allerdings nur außerordentlicher Weise statt, und man kann die erwähnten Verpflichtungen nicht als eine regelmäßig mit dem Halten von Sklaven oder dem Innehaben eines Gebäudes verbundene Last auffassen, zumal sich auch dann nicht rechtfertigen ließe, warum dieselbe zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar getheilt sei und nicht vielmehr, wie alle andere regelmäßige Lasten, dem Letztern allein obliege; — wie aber diese Belastung des Usufructuars einen durchaus anomalen Character trägt und, da sie nur in singulären Gründen, die diesen Fällen ausschließlich angehören, ihren Grund hat, in keiner Weise benutzt werden kann, um die allgemeine Regel über den Umfang der usufructuarischen Verpflichtung aufzufinden, wird sich am besten erweisen lassen, wenn wir auf das für uns in mehrfacher Beziehung interressante Verhältniß von Eigenthümer und Usufructuar rücksichtlich der Noxalklagen und der cautio de damno infecto an diesem Orte näher eingehen und dasselbe einer erschöpfenden Behandlung unterziehen.

Der nächste Zweck der bereits in den Zwölf-Tafeln anerkannten Noxalklagen ist, wie wir schon § 7 S. 69 erwähnten, nicht etwa der, daß die Furcht vor den Folgen derselben den Herrn zu einer strengern Disciplin antreiben soll, und sie setzen daher auch nicht irgend eine wirkliche oder vermuthliche Culpa des Verklagten voraus, sondern sie wollen nur dem, welcher durch einen fremden Sklaven verletzt ist, die Möglichkeit verschaffen, sich an dem Delinquenten Rache zu nehmen, indem sie den seitherigen Herrn nöthigen, den Sklaven der Gewalt des Verletzten zu überlassen, wenn er es nicht vorzieht, das Delict seines Sklaven auf dieselbe Weise zu sühnen, als ob es durch einen freien Menschen begangen sei, also dadurch, daß er die betreffende Entschädigung oder Geldstrafe an den Verletzten

cc) L. 17 § 1. l. 27 pr. de noxal act. 9, 4.

entrichtet, und demnach gilt er nur als Vertreter des Sklaven, wenn gegen ihn die Ansprüche aus dem Delict des Sklaven erhoben werden [dd]). Von dieser Vertretung kann er sich nun zwar stets dadurch frei machen, daß er den Sklaven noxae dedirt, und zwar kann er das sowohl vor Anstellung der Klage, als nach der Litiscontestation, ja selbst nach der Condemnation, aber dennoch erkennt das Recht auch eine Verpflichtung des Eigenthümers zur Vertretung seines Sklaven in so fern an, als er da, wo er sich weder zur Vertretung, noch zur Herausgabe des Sklaven bereit finden läßt und daher auf den Proceß nicht eingeht, als contumax zur Leistung der ganzen litis aestimatio verurtheilt wird, ohne daß ihm in diesem Falle die noxae deditio noch offen gelassen würde [ee]). Dadurch, daß ein Usufruct an dem delinquirenden Sklaven besteht, wird das Verhältniß des Eigenthümers rücksichtlich der Noxalklagen in keiner Weise verändert; nach wie vor hat er den Sklaven zu vertreten und kann sich davon durch Hingabe desselben frei machen, nur daß diese da nicht gehörig geschehen ist, wo nur das nackte Eigenthum unter Erhaltung des usufructuarischen Rechts an den Verletzten gelangt, da ja, wie wir S. 77 erwähnten, hier seiner Rache das Recht des Usufructuars hindernd gegenüber stehen würde [ff]). Als unbillig mußte es nun aber im höchsten Grade erscheinen, wenn man vom Eigenthümer, der ohne eigene Schuld in diese Lage gekommen wäre, verlangt hätte, daß er nicht nur das Recht, welches er an dem Delinquenten habe, aufgebe, sondern auch noch, daß er das Recht des Usufructuars durch Leistungen an diesen abzulösen suche, um dem Verletzten das volle Eigenthum übertragen zu können und, wenn ihm dieses nicht gelinge, stets die volle Litisästimation für Vergehungen des Sklaven leiste, von dem er doch vielleicht gar keinen Vortheil hatte, und der seiner Zucht für die Dauer des Usufructs und damit vielleicht für immer gänzlich entzogen war. Im Uebrigen galt doch der Grundsatz, daß der Herr nur dann haftete, wenn er den Sklaven auch factisch in seiner Gewalt hatte; und wo dies nicht der Fall

---

dd) Vergl. auch Zimmern, das System der römischen Noxalklagen.

ee) L. 21 § 4 und l. 22 § 3 de noxal. act.

ff) L. 4 § 8 de re iudic. 42, 1; l. 69 de solut. 46, 3.

war, kam er sonst schon frei, wenn er nur cavirte, daß er den Sklaven herausgeben wolle, sobald er es vermögen werde. Das Civilrecht ließ diese Dissonanz ungelößt; der Prätor schritt aber zu Gunsten des Eigenthümers ein, und nun gestaltete sich das Verhältniß für die verschiedenen Fälle in folgender Weise:

1) Der Eigenthümer war anwesend, und gegen ihn wurde von einem Dritten die Noxalklage erhoben[gg]); er übernahm die Defension des Sklaven. Wurde er verurtheilt, so hatte er die Wahl zwischen Leistung der Litisästimation und noxae deditio; entschloß er sich zur Letztern, so hatte ihm der Prätor seine Hülfe zugesagt, um den Usufructuar zu nöthigen, entweder

a) auf sein Recht zu verzichten[hh]). Auf welche Weise dies bewerkstelligt wurde, wenn der Usufructuar den Sklaven in Detention hatte, wird uns nicht ausdrücklich gesagt, aber der Prätor half wohl mit einer actio in factum oder einem Interdict, wodurch jener zur Herausgabe der körperlichen Sache angehalten wurde. Das civile

---

gg) Gegen den Usufructuar konnte hier nicht selbständig die Noxalklage angestellt werden [l. 18 de noxal. act. 9, 4], indem er nicht zur Vertretung des Sklaven verpflichtet war und außerdem auch gar nicht die Fähigkeit hatte, die noxae deditio vorzunehmen. Daß er aber etwa analog dem Falle, wo der Eigenthümer belangt wird und sein Eigenthum überträgt, nur den Usufruct an den Kläger cedire, war schon der frühern Unveräußerlichkeit des Usufructs wegen unmöglich. Nach dem, was wir oben über die Aenderungen des Rechts in dieser Hinsicht ausgeführt haben, müssen wir freilich zugestehen, daß jetzt die Regelung dieses Verhältnisses in der Art geschehen könnte, daß der Verletzte seine Entschädigung in angemessenen Raten vom Eigenthümer und vom Usufructuar mit der Noxalklage verlange, und jeder von beiden dann die Wahl habe, ob er bezahlen oder sein Recht herausgeben wolle. Diese Regelung ist aber nicht geschehen und namentlich ist dem Usufructuar keinerlei Verpflichtung zur Vertheidigung des Sklaven auferlegt. Wenn es darum in l. 3 si nox causa agit. 2, 9 heißt: **Si cum usufructuario noxali iudicio agetur, isque servum non defenderit** u. s. w., so kann nicht eine Klage des Verletzten gegen den Usufructuar gemeint sein, sondern als **noxale iudicium** müssen die unten zu erwähnenden Verhandlungen zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar bezeichnet worden sein, oder vielleicht auch die Aufforderung an den Letztern, zu defendiren, falls der Eigenthümer abwesend ist [s. u. unter 4].

hh) **L. 17 § 1 de nox. act. 9, 4.**

Recht verlor er dadurch noch nicht, denn das vermochte der Prätor nicht zu nehmen, aber er konnte es nicht ausüben, weil ihm der Prätor seinen Schutz entzogen hatte, und die seitherige Beschränkung des Eigenthums hörte auf; es war die Freiheit vom Ususfruct *in bonis* des Eigenthümers, während er sie nach Civilrecht noch nicht erworben hatte. Lieferte nun der Eigenthümer den Sklaven an den Verletzten aus, so konnte nicht mehr behauptet werden, die noxae deditio sei unvollständig geschehen, und er hatte daher nicht mehr die actio iudicali zu fürchten[ii]). Aehnlich wird es sich da verhalten haben, wo der Usufructuar den Sklaven gar nicht in seiner Gewalt hatte. Eine eigentliche Klage auf Verzicht auf den Ususfruct wird der Eigenthümer dann nicht angestellt haben, aber er wird dem Usufructuar etwa in der Form einer Litisdenuntiation aufgefordert haben, sein Recht geltend zu machen oder seine Befugniß zur Defension zu üben [siehe unter b.][kk]). Unterließ dies der Usufructuar, so versagte ihm der Prätor wieder jede Rechtshülfe[ll]), und so schied der Ususfruct aus den bonis desselben, und die Freiheit von Ususfruct war wieder in bonis des Eigenthümers, so daß die noxae deditio vor sich gehen konnte. Gab aber der Eigenthümer in solchem Falle den Sklaven hinter dem Rücken des Usufructuars ohne jene Verhandlungen mit ihm oder während der Abwesenheit desselben an den Verletzten heraus und setzte sich dadurch der actio iudicali des Letztern aus, so konnte der Usufructuar doch nicht ohne Weiteres den Ususfruct von dem noxae accipiens vindiciren, sondern der Prätor setzte ihn nur in die Lage, in welcher er gewesen sein würde, wenn er zur Zeit der Noxalklage den Sklaven in Detention gehabt hätte. Wie er dann den Anforderungen des Eigenthümers gegenüber den Ususfruct nur behaupten konnte, wenn er die Litis Aestimation an den Kläger zahlte [siehe u. b.], so konnte er auch jetzt

ii) L. 69 de solut. 46, 3. — sed si ususfructus interierit, . . . existimo processuram liberationem.

kk) Gaius deutet das in l. 27 pr. de nox act. 9, 4 dadurch an, daß er dem Usufructuar schon die Klage abspricht, si *praesens* defensionem suscipere noluerit.

ll) L. 3 si ex nox causa 2, 9; l. 27 pr. de nox. act. 9, 4.

nur dann mit seiner Klage aus dem Usufruct dem noxae accipiens entgegen treten, wenn er dem Verletzten die Litis Aestimation offerirte[mm]). Nach Zahlung derselben war der Usufruct wieder in voller Kraft, aber wem stand nun das Eigenthum an dem Sklaven zu? Die Quellen sagen davon nichts, — da aber der Usufructuar auf nichts weiter ein Recht hat, als auf den Usufruct, das Eigenthum aber nun einmal auf den noxae accipiens übertragen ist, so muß man annehmen, daß bei diesem die nuda proprietas verbleibt. Nun aber kann, wie unter b ausgeführt wird, der Usufructuar überall, wo er die ganze Litis Aestimation leistet, Ersatz eines Theils vom Eigenthümer mittelst Retention der Sache nach Beendigung des Usufructs beitreiben; da liegt denn hier, wo der, welchem das Ganze

mm) L. 17 § 2 de usufr. Da erscheint es nun freilich auffallend, wie dem noxae accipiens überall, wo an der hingegebenen Sache ein Usufruct besteht, bloß um der Existenz dieses Usufructs willen, wie schon erwähnt ist, eine actio iudicati auf Leistung der Litis Aestimation gegeben werden kann [l. 4 § 8 de re iudic. 42, 1; l. 69 de solut. 46, 3], da doch der Usufruct ihm gegenüber nicht eher geltend gemacht werden darf, als bis vom Usufructuar dieselbe Litis Aestimation angeboten ist. Der Grund ist meines Erachtens darin zu suchen, daß der noxae accipiens sich diesen ungewissen Zustand nicht gefallen zu lassen braucht, in welchen er dem Sklaven gegenüber geräth, sobald ein Usufruct an demselben haftet; denn er weiß ja nicht, ob ihm der Sklave nicht wieder abgeholt wird, und kann deßhalb denselben noch nicht als sein volles Eigenthum ansehen, ja wenn er erst Kenntniß von der Existenz des Usufructs genommen hat, ist er dem Usufructuar gegenüber in mancher Beziehung malae fidei possessor und haftet ihm, sobald dieser zur Wiedereinlösung des Sklaven bereit ist, für jede demselben zugefügte Verletzung. Also kann er auch seinem Rachegefühl keinen freien Lauf lassen. Da er nun kein Mittel hatte, um den Usufructuar zu einer Erklärung darüber zu nöthigen, ob er sein Recht aufgeben, oder den Sklaven einlösen wollte, so forderte er vom frühern Eigenthümer, daß er dieser Lage ein Ende mache, indem er die Litis Aestimation zahle, da die noxae deditio ja noch nicht gehörig geschehen sei. So wird denn auch von Celsus in l. 69 de solut. 46, 3 ausdrücklich gesagt, daß der noxae accipiens die Klage des Usufructuars nicht abwarten müsse, um seine Klage gegen den Eigenthümer anzustellen [nec exspectabimus] — und wir können hinzufügen: Ja wartete er sie ab, so wird er gegen den Eigenthümer nicht mehr haben klagen können, da ihm ja der Usufructuar offerirt, was er von jenem fordert, — die litis aestimatio und wohl auch mit den etwaigen Verzugszinsen u. s. w.

zu zahlen ist, derselbe ist, von dem später ein Theil zurückverlangt werden kann, die Frage nahe, ob er diesen Theil nicht gleich zurückbehalten kann. Allein dies ist wohl in Abrede zu stellen, da nicht nur Ulpian in l. 17 § 2 cit. Zahlung der litis aestimatio ohne welche Beschränkung vorschreibt, sondern auch die Analogie der oben S. 507 besprochenen l. 50 de usufr. dagegen spricht. Denn wie dort der Usufructuar dem Eigenthümer, der als Nutzungsinteressent Bauten vorgenommen hatte, die Kosten derselben pro rata ersetzen mußte, trotzdem daß er später Erstattung dieser Auslage vom Eigenthümer fordern konnte, so wird man auch hier Gleiches zulassen müssen, zumal die Größe der vom Eigenthümer zu contribuirenden Rate wohl nach Verhältniß des Werths festgesetzt werden muß, welchen der Sklave nach Beendigung des Usufructs hat, und der daher zur Zeit gänzlich ungewiß ist, ja der Sklave vorher sterben kann, so daß der Usufructuar dann gar keine Forderung auf Ersatz gegen den Eigenthümer wird erheben können. Deßhalb kann dieser bedingte und betagte Anspruch nicht dazu dienen, um in dem obigen Falle Retentionen geltend zu machen.

Wollte der Usufructuar die litis aestimatio nicht leisten, so blieb ihm der Usufruct entfremdet, es sei denn, daß der noxae accipiens die Existenz dieses Usufructs zur Veranlassung nahm, um von dem frühern Eigenthümer die litis aestimatio mit der Klage aus dem Judikat zu erzwingen, wo er dann den Sklaven gewiß wieder zurückgeben mußte, und der Usufructuar nunmehr wieder dem Eigenthümer gegenüberstand, von dem er dann seinen Usufruct nur unter derselben Beschränkung wird haben beanspruchen können, als wenn dieser gleich freiwillig die Litis Aestimation gezahlt hätte [siehe unten 3].

b) Der Usufructuar kann da, wo er nicht auf sein Recht zum Zwecke der noxae deditio verzichten will, den directen oder indirecten Zwang des Prätors dadurch vermeiden, daß er statt des Eigenthümers die Litis Aestimation an den Kläger zahlt, wodurch die noxae deditio überflüssig gemacht wird, und demnach auch der Usufruct geschützt bleiben muß. Ein ausdrückliches Quellenzeugniß läßt sich dafür freilich nicht anführen; wie aber der Gläubiger überall von jedem die Zahlung, wenn sie in gehöriger Weise geschieht, annehmen muß, so auch hier der Kläger, und sollte er sich dessen weigern, so

wird der Prätor sicher auch dem Usufructuar seinen Schutz nicht entzogen haben. Durch diese Zahlung Seitens des Usufructuars wird dann auch dem Eigenthümer sein Recht erhalten; aber Ersterer hat deßhalb nützliche Verwendungen gemacht, zu denen er nicht verpflichtet war, und er kann daher vom Eigenthümer Ersatz derselben verlangen, und diese Forderung auf dem Wege der Retention der körperlichen Sache nach Beendigung des Usufructs zur Geltung bringen [vgl. § 53]. Da jedoch, wie wir unter 2 sehen werden, der Usufructuar, falls der Eigenthümer die Litis Aestimation zahlt, einen entsprechenden Zuschuß dazu leisten muß und demnach anerkannt ist, daß die Last zum Theil von ihm zum tragen ist, so wird er auch in diesem Falle, wo er selbst zunächst das Ganze gezahlt hat, nur einen Theil derselben, der nach den Regeln unter 2 zu bemessen ist, als für den Eigenthümer ausgegeben ansehen dürfen, und daher nur für ihn Ersatz verlangen können.

2) Der verurtheilte Eigenthümer entschloß sich zur Leistung der Litisästimation. Hier versprach der Prätor ihm zu einer verhältnißmäßigen Beisteuer Seitens des Usufructuars zu verhelfen[nn]), — ohne daß uns aber in den Quellen gesagt wird, wie der Prätor diesen Zwang ausübte. Da jedoch sonst überall, wo aus den Delicten der Sklaven Verpflichtungen für die an denselben dinglich Berechtigten entstehen, diese durch Aufgeben der Berechtigung abgelehnt werden können, so ist auch nicht anzunehmen, daß der Prätor für diesen Fall dem Usufructuar eine absolute Beitragspflicht auferlegt, und eine persönliche Klage des Eigenthümers gegen den Usufructuar zu diesem Zwecke geschaffen habe, vielmehr wird er jenem eine Klage oder ein Interdict gegeben haben, um von ihm im Falle der Verweigerung des Beitrags die Herausgabe der körperlichen Sache zu erzwingen, womit dann die Freiheit vom Usufruct in bonis desselben sein wird, beziehungsweise er wird dem Usufructuar jede Klage aus dem Usufruct dem Eigenthümer gegenüber verweigert haben, wenn

---

nn) L 17 § 1 de nox act. 9, 4. — **Sed per Praetorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat Praetor te pro aestimatione ususfructus conferre ad litis aestimationem, aut usufructu cedere, si hoc expediat.**

jener nicht vorher diesem den ihn treffenden Beitrag zu der Auslösungssumme ersetzt hat. Wie nun aber die Größe dieses Beitrags zu bestimmen ist, wird uns wieder nicht berichtet; da aber diese Abfindung des Klägers als eine gemeinsame Last des Eigenthümers und des Usufructuars erscheint, die sie ihrer Berechtigung an den Sklaven wegen zu übernehmen haben, so wird kein anderer Maaßstab für die Vertheilung dieser Last auf die beiden Interessenten möglich sein, als daß das Recht, welches jeder hat, also der Ususfruct und das nakte Eigenthum nach dem Marktwerth geschätzt werde, und daß dann nach Verhältniß der Werthsummen davon die Last getragen werde. In den bereits erwähnten Fällen, wo erst nach Ablauf des Ususfructs die Beitragsquote festgesetzt werden muß, ist ein sicherer Maaßstab gegeben, weil man aus dem Erfolge bereits weiß, was der Ususfruct werth war, und der jetzige Werth der seither dienenden Sache leichter zu ermitteln ist.

3) Eigenthümer und Usufructuar waren anwesend, ersterer aber wollte sich gar nicht auf den Proceß einlassen, sondern den Sklaven sofort an den Verletzten herausgeben. Detinirte er denselben zufällig und nahm nun alsbald die noxae deditio vor, wie es ihm ja als Eigenthümer immer zustehen mußte, so wird das Verhältniß des Usufructuars dasselbe gewesen sein, als wenn die deditio nach dem Urtheil geschehen wäre, d. h. er wird seinen Ususfruct nur haben geltend machen können, wenn er die betreffende Straf- oder Entschädigungssumme für den Sklaven zahlte. Nur wird natürlich, um Collusionen zwischen Eigenthümer und den angeblich Beschädigten zu verhindern, der Usufructuar, wenn sich seiner Klage gegenüber auf die noxae deditio berufen ward, den Beweis dafür haben fordern können, daß diese gehörig geschehen und namentlich auch, daß die Voraussetzung derselben, das Delict des Sklaven, vorhanden gewesen sei[oo]), — aber alles dieses war ebenso, wenn ein Urtheil zwischen Eigenthümer und Verletzten vorher ergangen war. Der noxae dans befand sich jedoch in so fern in einer vortheilhaftern Lage, als um der bloßen Existenz des Ususfructs willen noch nicht die Leistung der vollen litis aestimatio von ihm wird verlangt worden sein können, da ja eine actio

oo) L. 26 § 6 de nox. act.

iudicali nicht begründet war, — die Noxalklage konnte aber auch nicht mehr gegen ihn angestellt werden, und so war er völlig liberirt, und der noxae accipiens, wenn er einmal den Sklaven trotz des darauf haftenden Usufructs angenommen hatte [wozu er nicht verpflichtet war], lediglich auf sein Retentionsrecht dem Usufructuar gegenüber angewiesen. — Hatte dagegen der Usufruktuar die Detention, so konnte der Eigenthümer wieder, um sich von der Sache ganz frei zu machen, dem Verletzten, falls dieser damit zufrieden war, sein Eigenthum an dem Sklaven cediren, worauf denn nunmehr der neue Eigenthümer mit jenen vom Prätor versprochenen Hülfsmitteln gegen den Usufructuar vorschreiten konnte, um die Freiheit vom Usufruct durch prätorischen Schutz zu erlangen, wenn der Usufructuar es nicht wieder vorzog die litis aestimatio zu zahlen, wo sich das Verhältniß wieder, wie in dem analogen Falle unter 1 a und b gestaltete. — Wo der Eigenthümer aber weder die Defension des Sklaven übernehmen, noch sofort das Eigenthum cediren wollte, konnte er dem Usufructuar die Defension überlassen [pp]). Erklärte sich dieser auf seine Aufforderung hin dazu bereit, so war er auch zur Durchführung derselben verpflichtet, weil sonst, da trotz der Anwesenheit des Eigenthümers der Sklave weder noxae dedirt noch defendirt wäre, der Eigenthümer als contumax auf Leistung der vollen litis aestimatio verurtheilt wäre. Durch Uebernahme der Defension entstand also ein Mandatsverhältniß zwischen Usufructuar und Eigenthümer, und in Folge dessen mußte der Erstere, falls er die Defension nun doch unterließ, dem Letztern allen daraus entstehenden Schaden ersetzen. Wenn nun auch der Usufructuar nur im Namen des Eigenthümers litem contestirte, so war die Verurtheilung doch, wie überall, wo Stellvertreter im römischen Proceß auftraten, auf den Namen des Usufructuars gestellt, und so konnte die Frage entstehen, ob er sich denn auch von der Leistung der Litis Aestimation durch die noxae deditio befreien könne, da er ja nicht Eigenthümer sei und darum nicht Eigenthum übertragen könne. Allein mit Recht gesteht ihm **Paulus** in l. 17. §. 1. de nox. action. diese Befugniß zu, indem in dem Auftrag zu defendiren, auch der

pp) L. 17 § 1 de nox. act.

eventuelle Auftrag zur Eigenthumsübertragung lag, und sobald er diese im fremden Namen vornahm, so verzichtete er damit zugleich denn auch selbst auf den Ususfruct zu Gunsten des nunmehrigen neuen Eigenthümers, des **noxae accipiens.** Zog er es aber vor die Litis Aestimatio an den Kläger zu bezahlen, so erhielt er auch dem Eigenthümer sein Eigenthum, erwarb aber wieder einen Anspruch auf theilweisen Ersatz der Abfindungssumme, welchen er, wenn er nicht etwa aus dem Mandat klagen konnte, durch Retention geltend machte, und ebenso wird da, wo er ein obsiegliches Erkenntniß gegen den Kläger erreicht hatte, auch der Eigenthümer an dem Siege Theil genommen und eine exceptio rei iudicatae darauf haben bauen können.

4) War der Eigenthümer abwesend, so versetzte der Prätor den Verletzten in die Möglichkeit sich unmittelbar an den Sklaven zu halten, indem er ihn in seine Gewalt gab [dies ducere pati ist correspondirend dem mittere in das baufällige Gebäude] qq), jedoch vorbehaltlich einer spätern Defension durch den Eigenthümer, falls er sie nach seiner Rückkehr unternehmen wollte rr). Hatte der anwesende Usufructuar in jenem Falle den Sklaven in Detention, so konnte er der Aufforderung auf Herausgabe desselben die Defension im Namen des Eigenthümers oder die Zahlung der litis aestimatio entgegensetzen, wodurch er das Recht des Eigenthümers sicherte, aber auch wieder Retentionsansprüche dem Eigenthümer gegenüber erhielt; wollte er keins von beiden, so erfolgte jene ductio, und die Verfolgung des Ususfructs wird ihm wieder versagt gewesen sein, wenn nicht etwa der zurückgekehrte Eigenthümer von seiner Befugniß Gebrauch machte, und den Sklaven einlößte. Dann wird auch der Usufructuar gegen Zahlung des Beitrags an diesen wieder sein Recht haben geltend machen können. War auch der Usufructuar abwesend oder detinirte wenigstens den Sklaven nicht, so konnte er wiederum nur dann Auslieferung desselben von dem, welcher ihn auf Befehl des Prätors in Gewahrsam genommen hatte, verlangen, wenn er die litis aestimatio offerirte oder der Beweis von dem Vorhandensein der Voraussetzungen einer Noxalklage nicht erbracht werden konnte.

---

qq) Bachofen röm. Pfandrecht Bd. I. S. 404.
rr) L. 26 § 6 de nox act.

Die Betrachtung dieser einzelnen Fälle hat uns nun gezeigt, wie der Usufructuar überall, wo der im Usufruct stehende Sklave Delicte begangen hatte, die Wahl hatte, ob er den Usufruct aufgeben, oder ob er einen entsprechenden Theil der Entschädigung, beziehungsweise diese ganz, vorbehaltlich des für einen Theil derselben durch Retention geltend zu machenden Regresses gegen den Eigenthümer leisten wollte. Der directe Zwang, den der Prätor verhieß, wird aber, wie wir im Obigen ebenfalls darzustellen suchten, immer nur auf jenes Erstere gegangen sein, — er nahm dem Usufructuar jedes Rechtsmittel aus dem Usufruct, so daß dieser nicht mehr in bonis desselben war und das Zweite, die Zahlung der Auslösungssumme oder eines Theils derselben erscheint immer nur als ein Mittel, um sich gegen den Verlust des Usufructs zu sichern, niemals als eine selbständige Last des Usufructs. Das Erlöschen des Usufructs konnte der Verletzte verlangen, weil er sonst an dem Delinquenten kein Recht zu nehmen vermochte und seiner Rache überall das usufructuarische Recht entgegengetreten wäre; daß der Usufructuar sich hiervon durch Geldleistung befreien konnte, war keine Belastung, sondern eine Wohlthat für ihn, und daß er auch da, wo der Eigenthümer bereits aus eigenen Mitteln die Gefahr abgewandt hatte, diesem contribuiren mußte, falls er sich den Usufruct erhalten wollte, war eine allerdings anomale, aber doch billige Auflage, die sich jedoch schon durch die Form, wie sie geltend gemacht wurde, und die Entstehung durch Einschreiten des Prätors als eine durchaus singuläre Institution zu erkennen gab. Allerdings hat der Usufructuar überall und immer die Möglichkeit, sich durch Aufgeben des Usufructs von allen Belastungen frei zu machen (s. S. 510 ff.), und in so fern könnte man sagen, es ist dies keine Eigenthümlichkeit der Noxalklagen. Allein die gänzliche innere Verschiedenheit beider Fälle zeigt sich schon im Verfahren. Regelmäßig geht die Klage direct auf Erfüllung der aus der usufructuarischen Caution hervorgegangenen Obligation, und nur exceptionsweise kann der Usufructuar geltend machen, daß er den Usufruct nicht mehr benütze; hier geht sie aber sofort auf Aufgabe des Usufructs, und exceptionsweise kann sich erst der Usufructuar darauf berufen, daß er die Auslösungssumme in entsprechender Weise geleistet hat. Also liegt eine gänzliche Verschiedenheit beider

Verhältnisse zu Tage, und die Vorschriften über die Obliegenheiten des Usufructuars im Falle eines Noxalanspruchs werden nicht geeignet sein, um daraus allgemeine Regeln über den Umfang der Verpflichtung des Usufructuars abzuleiten[ss]).

Gleiches gilt von den Vorschriften über das Verhältniß des Usufructuars, falls wegen Fehler des im Usufruct stehenden Grundstücks Ansprüche auf Stellung einer cautio de damno infecto erhoben werden[tt]). Wie dieses ganze Institut unverkennbare Aehnlichkeit mit den Noxalklagen hat und auch schon von Ulpian darauf hingedeutet wird, daß der Prätor dasselbe, was bei Beschädigungen durch Sklaven und Thiere gelte, auch für Beschädigungen durch andere Sachen zu erreichen strebe[uu]), so wird auch die Stellung des Usufructuars eine ähnliche in beiden Fällen sein, und da die Quellenzeugnisse hier noch spärlicher fließen, als in jenem ersten Falle, so werden wir berechtigt sein, mitunter mit Hülfe der Analogie die einzelnen Fragen zu entscheiden.

So müssen wir denn auch zunächst Bachofen gegenüber[vv]), der sonst auf die Verwandtschaft beider Institute großes Gewicht legt,

---

ss) Die obigen Sätze werden auch da analog angewandt worden sein, wo das im Usufruct stehende Thier Dritte in unnatürlicher Weise beschädigt hat, und diese deßhalb die actio quadupedaria anstellen wollen.

tt) Wir haben hier nur die cautio de damno, welche in Folge eines vitium aedium, loci, arborum nöthig wird, im Auge, nicht die, welche mit Rücksicht auf eine vitium *operis*, bestellt wird, die ganz andern Regeln unterliegt, und von jener scharf zu trennen ist. Vgl. Hesse die caut. de damn. inf. Leipz. 1838 S. 86 und von Vangerow, Leitfaden Bd. III § 678. Zur Stellung der letztern wird man nicht um seines dinglichen Rechts an der Sache willen, wie bei der erstern, angehalten, sondern lediglich deßhalb, weil man baut, und so wird auch der Servitutberechtigte, der auf fremden Grund und Boden nur kraft seiner Servitut baut und deßhalb diese Caution bestellen muß, doch als einer angesehen, qui suo nomine cavet. Vgl. l. 30 § 1 de damn. inf. 39, 2.

uu) L. 7 § 1 de damn. inf. 39, 2.

vv) Römisches Pfandrecht Bd. I. S. 118. Ebenso Hesse a. a. O.

aber doch die Noxalklage des Beschädigten dem Usufructuar gegenüber verwirft, in Abrede stellen, daß der durch das usufructuarische Gebäude mit Schaden Bedrohte, im Fall Eigenthümer und Usufructuar anwesend sind, die Wahl habe, ob er gegen den Eigenthümer oder gegen den Usufructuar mit Anspruch auf Caution auftreten wolle[ww]). Die eigenthümlichen Folgen, welche mit der Nichtbeachtung des prätorischen Gebots, Caution zu bestellen, verbunden sind, treten wenigstens nur dann ein, wenn die Aufforderung unmittelbar an den Eigenthümer ergangen ist. Dafür spricht nicht nur die Analogie der Noxalklagen, sondern auch der Umstand, daß es als eine Eigenthümlichkeit des ager vectigalis hingestellt wird, daß der Innehaber desselben selbständig um Leistung der Caution angegangen werden kann, und daß, wenn er diese versäumt, eine Einweisung in das emphyteutische Recht erfolgt, ohne daß dadurch das Recht des Eigenthümers verletzt wird[xx]), während dagegen von einer Einweisung lediglich in das usufructuarische Recht in den manchen hier einschlagenden Stellen gar nicht die Rede ist. Ja ließe man diese zu, so müßte man annehmen, daß mit dem zweiten Dekret der Usufruct in bonis des Impetranten wäre, und gelangte also zu einer nach älterem Rechte durchaus unstatthaften Veräußerung desselben. Endlich aber wird uns auch in einer Reihe von Stellen übereinstimmend gesagt, daß der Usufructuar, wenn er cavire, stets *alieno nomine* cavire, weßhalb nicht bloße Stipulation genügt, sondern Bürgen oder Pfänder bestellt werden müssen[yy]); also thut er nicht etwas, was ihm selbst obliegt, sondern er handelt für den Eigenthümer. — Der bedrohte Nachbar hat also zunächst vom Eigenthümer die Caution zu verlangen, für welchen indessen, wie jeder Dritte, so auch der Usufructuar die Caution, jedoch nur als Realcaution, leisten kann. Wird von keiner

---

ww) Dies ist eins der Momente, aus denen Bachofen [a. a. O. S. 96—138] eine gleiche Structur von Eigenthum und Usufruct und also eine durchgehende Verschiedenheit im Grundbegriff von Usufruct und Realservituten abzuleiten sucht; vgl. § 4 S. 33 und 34.

xx) L. 15 § 26 de damn inf. Hieraus ließe sich ein weiteres Moment für die innere begriffliche Verschiedenheit der Natur des Emphyteusis und der Servituten entnehmen vgl. § 34 S. 298 ff.

yy) L. 9 § 5, l. 10, l. 15 § 25 de damno inf. 39, 2.

Seite die Caution bestellt und auch nicht nach Erlassung des ersten Dekrets, so wird der Bedrohte in den Besitz des gefährlichen Grundstücks eingewiesen, und diese missio jedem, und also auch dem Usufructuar gegenüber exequirt, so wie Letzterem auch jede Klage gegen den missus auf Ausübung des Usufructs entzogen ist[zz]). Der Grund dafür liegt wieder darin, daß das ungeschmälerte Fortbestehen des usufructuarischen Rechts den ganzen Zweck des Verfahrens, wie bei den Noxalklagen, so auch hier fast ganz vereiteln würde, indem der Immittirte trotz der Immission den Einsturz mit eigener Kraft nicht abzuwenden vermöchte, wenn er nicht in die Befugniß des Usufructuars eingreifen dürfte; er würde ja dann nicht einmal die Detention des Grundstücks erhalten.

Wenn nun aber der Usufructuar dadurch, daß auf Verlangen die Caution nicht bestellt wird, in Gefahr kommt, den Usufruct zu verlieren, so erfordert doch die Billigkeit, welche in allen prätorischen Institutionen obwaltet, daß er von dem Verlangen des bedrohten Nachbars gehörig in Kenntniß gesetzt werde, damit er doch seiner Seits, wenn er sich sein Recht erhalten will, die Caution für den Eigenthümer bestellen kann. In welcher Form diese Mittheilung an den Usufructuar oder an den Pfandgläubiger, Superficiar u. s. w., die ihm hierin gleich stehen, geschehen ist, wird uns nicht ausdrücklich gesagt, und der erste Theil des Edicts über diese Caution, so weit er von der Einleitung des Verfahrens handelt, ist uns nur bruchstückweise in den Quellen erhalten[a²]). Aus der analogen Anwendung der Bestimmungen, welche über die Art und Weise der Aufforderung an den Eigenthümer gegeben werden, können wir aber folgern, daß wenn der Usufructuar vor Gericht zugegen war, als die gerichtliche Aufforderung an jenen erging, keine weitere Mittheilung an ihn, oder gar Anstellung einer Klage u. s. w. nöthig war — war er abwesend, und als solcher galt er schon, wenn er grade nicht in iure war, so wird eine denuntiatio erlassen worden sein, die ihm in seiner

---

zz) L. 15 § 25 de caut. damn. inf. 39, 2. — Diese prätorische Erlöschungsart des Usufructs in Veranlassung eines Wechsels des Eigenthums hätte auch in § 18 S. 78 aufgeführt werden müssen.

a²) L. 4 § 5 h. t.

Wohnung mitzutheilen oder, wenn er dort nicht zu treffen war, an dem drohenden Hause anzuschlagen war[b2]). War diese Anzeige an den Usufructuar unterblieben, so wird man annehmen müssen, obgleich die Quellen es nirgends ausdrücklich erwähnen, daß die Einweisung des Bedrohten in das usufructuarische Grundstück das Recht des Usufructuars nicht aufhob und er gegen Zahlung der aufgewandten Reparaturkosten an den Immittirten die Detention des Hauses zurückverlangen konnte[c2]), wogegen natürlich der Eigenthümer daraus keinen Einwand gegen die Gültigkeit der Immission zu entnehmen vermochte. Bei Unterlassung der Anzeige an den Eigenthümer konnte es aber, wir wiederholen es, niemals zu einer Einweisung, selbst nicht in das usufructuarische Recht kommen.

War die Caution einmal bestellt, so war damit die Gefahr der Immission für beide Theile abgewendet; da also ebenso, wie bei den Noxalklagen, jeder in Folge derselben im Genuß seines Rechts blieb, so wäre es unbillig, wenn der, welcher die Caution auf das Ganze leistete, nun auch allein die bösen Folgen derselben hätte tragen sollen, zumal sich die Unbilligkeit einer solchen Belastung des einen Theils hier dadurch noch steigerte, als häufig der Schaden, welcher den Nachbar bedrohte, nur in Folge der Nachlässigkeit des Usufructuars entstanden sein konnte, während bei den Noxalklagen regelmäßig weder beim Eigenthümer, noch beim Usufructuar irgend welche Schuld war. Darum ordnet der Prätor das Verhältniß

---

b²) L. 4 § 5 und § 6 h. t.

c²) Dafür spricht auch, daß in l. 44 § 1 h. t. dem Pfandgläubiger, von dem sonst mehrmals gesagt wird, daß er sein Recht, wie der Usufructuar gänzlich verliere, sobald die Caution nicht rechtzeitig bestellt werde [l. 11, l. 15 § 23 h. t.], doch gestattet wird, sein Pfandrecht dem gegenüber geltend zu machen, welcher ex secundo decreto immittirt ist, wenn er nur diesem die etwa schon auf das Haus verwendeten Reparaturkosten ersetzt. Will man nun nicht zwischen jener l. 44 § 1 und diesen Stellen einen unlösbaren Widerspruch annehmen, so muß man dort subintelligiren, daß, wie das bei einem Pfandgläubiger, welcher das Grundstück nicht detinirt, wohl häufig der Fall sein wird, eine Denuntiation an ihn nicht geschehen ist, und gesteht man das für den Pfandgläubiger zu, so wird man auch Gleiches für den Usufructuar annehmen müssen.

zwischen Usufructuar und Eigenthümer wieder ebenso, wie bei den Noxalklagen; hat der Letztere cavirt oder gar schon daraus geleistet, wo die Last ganz oder doch theilweise dem Usufructuar zukommt, da gestattet er dem Eigenthümer, die Nutzung einstweilen zu ziehen, und nimmt dem Usufructuar jeden Rechtsschutz, bis dieser in einer andern Caution Ersatz versprochen hat für Alles, beziehungsweise für die betreffende Quote davon, was der Eigenthümer aus seiner cautio de damno infecto werde leisten müssen, und wenn er aus dieser schon etwas geleistet hat, bis der Usufruktuar das ganz oder theilweise ersetzt hat. Hat der Usufructuar cavirt, so hat er nach beendigtem Ususfruct wieder sein Retentionsrecht, bis ihm die Last ganz oder theilweise abgenommen ist[d2]). Eine allgemeine Regel, um zu ermitteln, wie weit der Usufructuar die Cautionslast übernehmen muß, und wie weit der Eigenthümer, wird uns wieder nicht gegeben. Da aber, wo durch Schuld des einen Theils die Sache in die Lage kam, daß Cautionsbestellung erforderlich ward, indem z. B. der Usufructuar die ihm obliegenden Reparaturen nicht vornahm, und das Haus dadurch allein so baufällig wurde, daß der Nachbar den Einsturz fürchtete, wird dieser Theil die ganze Last übernehmen müssen, und dennoch, wenn er die Caution dem Nachbar stellte, keinen Regreß haben — wenn der andere Theil sie stellte, diesem wieder für den ganzen Betrag caviren müssen. Mit der Klage aus der usufructuarischen Caution kann der Usufructuar ja

---

d²) L. 9 § 5, l. 10, l. 22 h. t. In l. 10 sagt Paulus: Sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit. Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, *ius domini ad eum transferri oportet.* Aus den Schlußworten scheint hervorzugehen, daß der Usufructuar nach Leistung der Caution fordern könne, daß alsbald das Eigenthum der körperlichen Sache auf ihn übertragen werde, während wir ihm doch oben nur ein Retentionsrecht zugestehen, das erlöscht, sobald der Eigenthümer Ersatz leistet. Diese Ansicht wird aber nicht nur durch die Analogie der Noxalklagen, sondern auch durch die citirte l. 22 desselben Paulus unterstützt, die ausdrücklich sagt, solum retinebit fructuarius, donec praestetur ei damnum, und so können wir jene Worte wohl nur als eine ungenaue Ausdrucksweise dafür auffassen, daß er fortan faktisch das Recht des Eigenthümers übt, bis eine Einlösung erfolgt.

schon gezwungen werden, allen dem Eigenthümer durch seine Culpa entstandenen Schaden zu ersetzen; zu diesem gehört dann auch der Nachtheil, welchen die Leistung der cautio damni infecti herbeiführt, und wenn somit dem Eigenthümer schon ein civilrechtlicher Anspruch auf Uebernahme derselben durch den Usufructuar zusteht, so wird auch der Prätor in diesem Verfahren die Last dem Letzteren zugewandt haben. Wo aber der vitiöse Zustand des usufructuarischen Gebäudes ohne Schuld eines der beiden Theile entstanden ist, indem außerordentliche Natureignisse oder ein hohes Alter Gefahren herbeiführten, wie sie durch die regelmäßige Reparaturpflicht des Usufructuars nicht beseitigt werden konnten, da wird die Cautionslast vom Eigenthümer und Usufructuar zusammen getragen werden müssen und wieder im Verhältniß des Werths einer jeden der beiden Berechtigungen. Man hat freilich wohl gesagt, dem Institute der cautio de damno inf. liegt die Idee zu Grunde, es müsse jeder genöthigt werden, sein Haus u. s. w. in baulichem Zustande zu erhalten, und daraus könnte man folgern: den muß die Cautionslast treffen, welcher factisch im Stande ist, zu repariren, der Usufructuar hat aber die Detention, und deßhalb kann der Eigenthümer von ihm die ganze Caution fordern, wenn nicht etwa die Handlungen, welche zur Beseitigung des vitium nöthig sind, derartig sind, daß sie der Usufructuar nicht vornehmen darf, indem sie den Charakter der Sache umgestalten u. s. w. Allein jene Grundidee ist unrichtig. Die Caution wird nur bestellt, weil es unbillig erschien, daß jemand nicht für den Schaden einstehen soll, den seine Sache anrichtet — sie ist, wie gesagt, aus derselben Rechtsanschauung hervorgegangen, wie die Noxalklagen[e2]), und darum darf man auch nicht dem Einen

e2) L. 7 § 1 h. t. Vgl. oben § 7 S. 58 ff. — Daß die Caution nicht den Zweck hat, den Caventen zur Reparatur zu treiben, wird z. B. zur Evidenz bewiesen durch die l. 13 § 2 h. t. wonach der Eigenthümer eines wohl erhaltenen Hauses die Caution bestellen muß, sobald dies auf der einen Seite an ein baufälliges stößt und zu befürchten steht, daß es bei dem Einsturz des Letztern so beschädigt wird, daß es auf das auf der andern Seite gelegene Nachbarhaus, für welches die Caution verlangt wird, stürzen kann. Hier würde ja alle Vorsicht und Sorgfalt des Caventen nicht helfen können, da er ja nur sein Haus repariren

die Last mehr aufbürden, wie dem Andern, weil er die Möglichkeit zu repariren hatte, während ihm doch keine Pflicht dazu oblag — vielmehr wird jeder auch hier nach Verhältniß des Anrechts, welches er an der delinquirenden Sache hat, contribuiren müssen. Der von Paulus in l. 22. pr. h. t. aufgestellte Gesichtspunkt:

> Si proprietarius de damno infecto repromisisset, vel forte aliquid praestitisset, aut contra fructuarius aliquid praestitit, *iniquum est*, alterum sine damno uti aedibus, aut aedes habere.

spricht ebenfalls für eine Theilung der Last in derartigen Fällen. Dagegen kann man allerdings mit einigem Schein die l. 20. de damno inf. anführen, wo Gaius dem Usufructuar die Befugniß zugesteht, vom Eigenthümer die Caution de soli vitio zu fordern[f2]), und man kann daraus eine allgemeine Verpflichtung des Letztern ableiten wollen, überall, wo es sich um ein soli vitium handelt, die ganze Cautionslast zu tragen, indem es ja inkonsequent erscheine, daß der Usufructuar da, wo er selbst wegen eigenen Schadens vom Eigenthümer Caution fordern kann, von diesem wieder gezwungen wird, Ersatz zu leisten, falls Dritte Schaden leiden. Allein der Usufructuar kann auch Noxalklagen wegen Vergehungen des usufructuarischen Sklaven gegen den Eigenthümer anstellen, und doch

---

kann und eben an seinem nichts zu repariren ist. Wenn Ulpian in l. 13 § 2 jener Regel hinzufügt: sed quum prospicere sibi potuerit damni infecti cautionem, non prospexerit, merito convenietur, so wird damit der Grund derselben nicht in einer Nachlässigkeit des Cautionspflichtigen gesucht — denn auch, wenn er sich vom Eigenthümer des baufälligen Hauses Caution bestellen ließ, muß er doch caviren, — sondern dieselbe wird nur gegen den Einwurf der Härte gerechtfertigt.

f2) Dieser Anspruch des Usufructuars auf Leistung einer solchen Caution durch den Eigenthümer ist nur deßhalb auf den Fall des soli vitium beschränkt, weil hier der Usufructuar zu einer Beseitigung der drohenden Gefahr außer Stande sein wird. Bei einem vitium aedium oder arborum kann er sich selbst durch Bauten u. s. w. helfen, und muß er deßhalb mehr Aufwand machen, als ihm aus der usufructuarischen Caution obliegt, so kann er sich durch Retention nach Beendigung des Usufructs schadlos halten. Die cautio de damn. inf. hat aber mehrfach einen subsidiären Charakter und fällt weg, wo auf andere Weise geholfen werden kann. Vangerow a. a. O. X, 1.

wird er zur Beisteuer herangezogen, wenn der Sklave gegen Dritte delinquirt, und zwar, weil durch die Auslösungssumme sein Usus-fruct so gut gerettet wird, wie das Eigenthum. Gleiches gilt hier, denn die Leistung der cautio de damn. inf. ist ebenfalls der Preis, um welchen Ususfruct und Eigenthum dem Bedrohten gegenüber geborgen werden, und zu dem daher Beide contribuiren müssen[g2].

So kommen wir denn auch hier zu dem Schlusse, daß die Verpflichtung des Usufructuars zur Cautionsleistung, falls das usufructuarische Grundstück Gefahr drohend für Andere ist, eine durchaus singuläre Erscheinung ist, und daß von derselben keinerlei Schlüsse gemacht werden dürfen, um den regelmäßigen Umfang der Belastung des Usufructuars zu bestimmen.

§. 54.

Die Restitution der Sache nach beendetem Ususfruct.

Der zweite Theil der usufructuarischen Caution, wie sie der Prätor forderte, handelte von der Restitution der Sache nach beendigtem Ususfruct. Nach **Ulpians** Bericht in l. 1 pr. usufruct. quemadm. 7, 9 lautet sie regelmäßig etwa also:

> Quum ususfructus ad me pertinere desinet, restituam, quod inde exstabit.

Dadurch war also der Usufructuar in ein Obligationsverhältniß getreten, welches ihn, wie der Leihvertrag, die Miethe u. s. w., zur Restitution einer speciellen körperlichen Sache verpflichtete und für ihn und seine Erben auch über die Dauer der Servitut hinaus bis zur Erfüllung fortbestand. Ja aus diesem Versprechen haftete er auch dann, wenn ein Ususfruct in Wahrheit gar nicht vorhanden

---

g2) Wenn Paulus in den schon erwähnten Schlußworten der l. 10 h. t. sagt: Sed si fructuarius de soli vitio quid praestiterit, ius domini ad eum transferri oportet, so kann daraus namentlich bei dem Gesichtspunkt, den Paulus in l. 22 aufstellt, nicht gefolgert werden, daß hier der Eigenthümer allein die ganze Last zu tragen habe, sondern der Jurist wählt das soli vitium nur als Beispiel, weil es da meisten Theils am unzweifelhaftesten sein wird, daß dasselbe ohne irgend welche Schuld des Usufructuars entstanden ist, und derselbe deßhalb theilweise Abnahme der Last fordern kann.

gewesen war, sondern er die Caution in der irrthümlichen Annahme eines solchen geleistet und die Sache in Empfang genommen hatte[a]). Die Caution ging auch nicht allein auf die Restitution der usufructuarischen Sache, sondern von Allem „quod inde exstabit", und dahin gehören alle Accessionen und Erzeugnisse derselben, welche nach der in § 52 gegebenen Regel nicht unter den Begriff der Früchte und daher in das Eigenthum des Usufructuars fallen, soweit sie nicht etwa befugter Maßen wieder auf die Hauptsache verwandt worden sind (vgl. § 52 S. 487). Dahin gehören ferner auch die Materialien, in welche die Sache bei ihrer Vernichtung übergegangen ist[b]). Um für das, was zu restituiren ist, einen Anhaltspunkt zu haben, empfiehlt Ulpian[c]), von vorne herein bei Abschluß der Caution eine Schätzung vorzunehmen, damit man später sicher wisse, wie die Sache beim Beginn des Usufructs beschaffen war; der Usufructuar wird dann beweisen müssen, daß die Verschlechterung ohne seine Schuld erfolgt ist, also durch Unglücksfälle, die er trotz der Sorgfalt eines diligens pater familias nicht vermeiden konnte, oder durch den regelmäßigen Gebrauch, wie er ihm bei der Usufructbestellung zugestanden war. Kann der Usufructuar in Folge eigener Schuld die Sache nicht in Natur restituiren, so haftet er für den Werth derselben in Gemäßheit der Regeln, welche sonst hinsichtlich der Unmöglichkeit der Erfüllung im Obligationenrecht gelten[d]).

Ist das Eigenthum während der Dauer des Usufructs veräußert worden, so ist damit die Verpflichtung zur Restitution an den ersten Eigenthümer, welchem die Caution bestellt ist, gänzlich erloschen[e]); jene Cautionsformel erwähnt zwar nicht, an wen die Restitution geschehen soll, aber es ist wohl eine stillschweigende und häufig vielleicht auch ausgesprochene Voraussetzung, daß sie an den Stipulator, in so fern er dann noch Eigenthümer sein werde, geschehen solle. Der neue Eigenthümer hat aber als Singular-

a) L. 3 § 1 usufr. quemadm. 7, 9.
b) L. 1 § 7 daselbst.
c) L. 1 § 4 daselbst.
d) L. 1 § 7 daselbst.
e) L. 3 § 4 daselbst.

successor dessen, dem cavirt ist, keinerlei Ansprüche aus dieser Caution und wäre daher lediglich auf seine dingliche Klage und vielleicht auf eine Condiction dessen, was der Usufructuar unberechtigt durch Specification aus dem Stoff der usufructuarischen Sache gewonnen hat, beschränkt, wenn ihm nicht der Prätor zu Hülfe gekommen wäre und dem Usufructuar die Verpflichtung zur Bestellung einer neuen Caution an den Erwerber der Sache auferlegt hätte (siehe den flgd. § 55). Hat der Usufructuar schon vor der Veräußerung die Sache verletzt und dadurch dem frühern Eigenthümer alsbald eine Klage geschaffen[f]), so wird angenommen werden dürfen, daß diese dem Erwerber mit dem Uebertragungsacte cedirt ist[g]).

Der Usufructuar kann in Folge der geleisteten Stipulation mit einer actio stricti iuris genöthigt werden, die Sache alsbald nach beendigtem Usussruct zu restituiren; aber der Stipulation war eine clausula doli zugefügt worden, die, wie **Ulpian** in l. 5 usufr. quemadm. 7, 9 sagt, in rem concepta war, und deßhalb auch allen Nachfolgern der stipulirenden Parteien gegenüber wirksam sein mußte, und in Folge dieser konnten jener actio stricti iuris einredeweise Alles entgegengesetzt werden, was gegen die bona fides verstieß. Dadurch ist nun namentlich dem Usufructuar auch ein Mittel gegeben, um Ersatz der Verwendungen vom Eigenthümer zu erlangen, welche er zur Erhaltung oder zur Verbesserung der Sache auf dieselbe gemacht hat, soweit er dazu nicht nach den Erörterungen des vorigen Paragraphen verpflichtet war. Denn es wäre unbillig, wenn der Eigenthümer fortan ohne welche Belastung eine Sache innehaben sollte, die nur in Folge der Verwendungen des Usufructuars überhaupt noch existirt oder doch in dem glücklichen Zustande ist, in welchem sie jetzt dem Eigenthümer Nutzen gewährt, diese Unbilligkeit kann nicht in der Absicht der Stipulanten gelegen haben, und da nun die beigefügte Klausel dem Richter die Befugniß giebt, troß dem Wortlaute in billiger Weise nach dem wahrscheinlichen Willen der

f) Vgl. § 51 S. 475.

g) Denn dieser wird ja fast immer einen Vertrag enthalten, da originäre Erwerbungen bei einer Sache, an der ein fremder Usufruct besteht, sehr selten sein werden.

Constituenten zu forschen und demgemäß zu entscheiden, so wird er seinen Schutz verweigern, so lange nicht den Ansprüchen des Usufructuars Ersatz zu Theil geworden ist, — mit andern Worten, er giebt der actio de usufructu gegenüber ein Retentionsrecht wegen der vom Usufructuar gemachten impensae utiles und necessariae. Dasselbe wird er aber auch ertheilen, wenn der Eigenthümer seine Vindication anstellt, um die Sache zurückzuerhalten, und so gut der bonae fidei possessor sie erst herauszugeben braucht, nachdem ihm Ersatz für die von ihm gemachten Verwendungen gewährt ist, so gut wird die Vindication auch hier ihren Charakter als eine auch die Billigkeit berücksichtigende Klage beibehalten haben. Ausdrücklich erwähnt wird dies Retentionsrecht nur für den schon besprochenen Fall, wo der Usufructuar Verwendungen gemacht hat, um die Noxalklagen oder eine Immission wegen Nichtbestellung der cautio damni infecti zu beseitigen; dadurch wird aber schon genügend documentirt, daß das obige Princip zur Anerkennung gelangt ist, wofür auch noch weiter die Analogie der Regeln, welche in dieser Beziehung bei Restitution der Dos gelten, beweisend ist[h]).

Daneben wird uns im Codex ein hierher bezügliches Reskript Gordians an den Soldaten Ulpian überliefert [l. 7 C. de usufructu 3, 33], das folgender Maßen lautet:

> Eum, ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumtibus praestare debere, explorati iuris est. Proinde si quid ultra, quam impendi debeat, erogatum potes docere, *solemniter reposces.*

Darin scheint nun nicht nur die Ersatzpflicht des Eigenthümers ausgesprochen zu sein, sondern auch dem Usufructuar eine selbständige Klage auf Rückerstattung der Auslagen zugestanden zu werden. Denn was kann sonst das *solemniter* reposces heißen? Da aber diese Stelle auf keinen Fall erst eine neue Klage schaffen, sondern ihrer ganzen Fassung nach nur einen bestehenden Rechtssatz anwenden will, so entsteht die Frage, welche Klage denn in solchem Falle zulässig erscheint. Man könnte versucht sein, hier die actio negotiorum gestorum contraria für anwendbar zu halten, da sie ja dem Eigen-

---

h) Vgl. tit. de imp. in res dot. fact. 25, 1.

thümer gegen den Usufructuar zugestanden wird, wenn er für den Letztern nöthige oder nützliche Verwendungen während der Dauer des Usufructs gemacht hat, obgleich er doch bei Verbesserung seiner eigenen Sache auch seinen Vortheil im Auge gehabt haben wird [vgl. § 53 S. 506]; so, könnte man sagen, muß auch umgekehrt der Usufructuar klagen können, wenn er da, wo er nicht verpflichtet ist, gleichzeitig für sein eigenes und für das Interesse des Eigenthümers thätig ist. Allein das Verhältniß ist in beiden Fällen doch kein gleiches. Denn wenn der Eigenthümer, während der Usufructuar in der Ausübung des Usufructs ist und demgemäß die Sache detinirt [das setzten wir ja oben S. 510 voraus, wenn die Klage zulässig sein sollte], um Schaden abzuwenden, einschreitet und die Handlungen vornimmt, zu denen der Usufructuar rechtlich verpflichtet ist, und wegen deren Nichtausübung der Eigenthümer daher später Entschädigung fordern könnte, so nimmt dessen Verfahren schon in seiner ganzen äußern Erscheinung den Charakter als negotium alienum, als ein Eingriff in die fremde Vermögensverwaltung an; dagegen ist die Thätigkeit des Usufructuars, wodurch die Sache verbessert wird, in ihrer ersten und nächsten Richtung der Regel nach nur dazu bestimmt, dem eigenen Vermögen Vortheil zu bringen, und es erscheint nur als eine allerdings nothwendige, aber darum doch nicht als allein bestimmend einwirkende Folge derartiger Verbesserungen, daß auch der Eigenthümer dadurch in eine günstigere Lage kommt. Möglich kann es allerdings sein, daß auch der Usufructuar nur und allein eine Verwendung auf die Sache macht, um den Eigenthümer zu bereichern und also mit der Absicht, lediglich für ihn zu handeln, — aber das wird er schwerlich da beweisen können, wo er selbst ebenfalls Vortheil aus der Verbesserung der usufructuarischen Sache zieht. Wo dies nicht der Fall ist, wird die actio neg. gest. contr. anwendbar sein, wie wenn z. B. der Usufructuar ein Pfandrecht ablößt, das jünger, als sein Usufruct ist, und das diesem daher nicht gefährlich werden konnte (vgl. § 8 S. 79 ff.), oder wenn er eine Anlage macht, deren Vortheile erst zu einer Zeit in Wirkung treten sollten, wo der Usufruct lange beendigt ist. Aber auch nur in derartigen Fällen wird die actio neg. gest. contr. zugelassen werden dürfen, und als ein allgemein brauchbares Rechtsmittel, um dem

Usufructuar seine Verwendungen wieder zu erstatten, wird sie nicht angesehen werden können. Eine andere selbständige Klage wird hierfür aber auch nur dann vorhanden sein, wenn der Usufructuar ausdrücklichen Auftrag zur Vornahme von Verbesserungen vom Eigenthümer erhalten hat, oder dieser ihm ein förmliches Versprechen auf Restitution der Verwendungen ertheilt hat.

Wollte man weiter gehen und überall eine selbständige Klage auf Ersatz der Impensen gegen den Eigenthümer zulassen, so müßte man auch anerkennen, daß sie schon während der Dauer des Usufructs angestellt werden könne, und das würde dann eine für den Eigenthümer sehr harte und ungerechte Bestimmung sein, indem er, der vielleicht auf lange Zeit hinaus keinerlei Vortheil aus der usufructuarischen Sache haben wird, nun zu fortwährenden Geldleistungen für dieselbe angehalten werden könnte, wodurch das nackte Eigenthum mitunter einen sehr zweifelhaften Werth erhalten dürfte. Dann wäre auch die oben § 53 S. 507 ff. besprochene l. 50 de usufr. ganz unverständlich, wo dem Eigenthümer gestattet wird, wegen außerordentlicher Bauten, die er vorgenommen hat, dem Innehaber eines halben Usufructs gegenüber bis zum Ersatz der auf diese Hälfte fallenden Kosten Retention zu üben. Denn der Usufructuar hätte dann ja, unmittelbar nachdem er diese außerordentlichen Leistungen gemacht hat, einen klagbaren Anspruch gegen den Eigenthümer, und so wäre es widersinnig, daß dieser erst von ihm fordern soll, was er gleich selbst wieder ersetzen muß.

Dieselben Gründe führen uns aber auch dazu, noch weiter zu gehen und zu behaupten, daß die Vornahme außerordentlicher Verbesserungen durch den Usufructuar nicht nur keine Klage gegen den Eigenthümer erzeugt, sondern daß dieser nicht einmal naturaliter zum Ersatz der Kosten verpflichtet ist. Ebenso, wie der bonae oder malae fidei possessor Ersatz seiner Verwendungen nur und allein bei Gelegenheit der Vindication der Sache, auf welche sie gemacht sind, oder nach Anstellung der Publiciana nicht aber bei irgend einer andern Klage geltend machen kann, so kann es auch der Usufructuar nur dann, wenn die actio de usufructu oder die Vindication gegen ihn angestellt ist. Am unzweifelhaftesten ist dies da, wo der Usufructuar zur Abwendung der Noxalklage oder der Immission wegen nicht

bestellter cautio de damno inf. Verwendungen gemacht hat, indem es ja hier wesentlich ist, daß der Eigenthümer die freie Wahl habe, ob er die Sache verlieren oder die Abfindungssumme leisten will, und er aus dieser Stellung herausgedrängt würde, wenn die Verwendungen auf irgend eine Weise gegen seinen Willen von ihm beigetrieben werden könnten. Doch auch in andern Fällen muß das Gleiche gelten, wie das namentlich da entgegentreten wird, wo die usufructuarische Sache beim Usufructuar ohne dessen Schuld untergegangen und damit jede Klage gegen den Letztern oder jeder sonstige Vortheil aus dem Eigenthum erloschen ist. Hätte da z. B. jemand kurz vor dem Untergang der Sache die nuda proprietas an derselben erworben, so könnte das vortheilhafte Geschäft, was er beabsichtigte, nur den Erfolg für ihn haben, daß er später deßhalb Abzüge für Verwendungen bei andern Forderungen erdulden müßte. Alles dieses widerspräche den sonstigen Grundsätzen über Eigenthum durchaus, und kann demnach der Usufructuar den Ersatz der Verwendungen nur durch Retention bei Anstellung der Vindication oder der Klage aus der cautio usufructuaria erzwingen.

Damit nicht zu verwechseln ist die Condiction, die ihm unter Umständen gegen den Eigenthümer zustehen wird, und die allerdings auch durch die Verwendungen veranlaßt sein kann, die er auf die usufructuarische Sache gemacht hat, aber nicht sowohl den Ersatz dieser Verwendungen erwirken soll, als vielmehr die Rückerstattung des Zuwachses, welcher dem Vermögen des Eigenthümers ohne Grund aus dem des Usufructuars geworden ist. Denn wenn die Sache ohne Zuthun des Letztern bereits in die Hände des Eigenthümers gelangt ist, oder er sie, ohne daß er deßhalb diesem den Betrag der Impensen schenken wollte, in der begründeten Voraussetzung freiwillig zurückgegeben hat, daß der Eigenthümer ihm dennoch denselben erstatten werde, so wird die Bereicherung, welche daraus dem Letztern noch zur Zeit der Klaganstellung geblieben ist, vom Usufructuar condicirt werden können. Direct anerkannt wird das freilich nicht für den vorliegenden Fall, wohl aber für den ganz analogen, wo der Ehemann die Dos restituirt hat, ohne die Impensen abzuziehen [i].

---

i) L. 5 § 2 de impens. in res dotal. 25, 1.

Wenn wir nun hiernach eine allgemeine Klage gegen den Eigenthümer unmittelbar auf Erstattung der Impensen nicht aufzufinden vermögen, so bleibt nichts übrig, als für jene in l. 7 C. de usufr. von Gordian erwähnte Klage die Begründung der uns vorenthaltenen Anfrage des Soldaten Ulpian zu überweisen, so daß wir, wie wir ja so häufig bei den Entscheidungen des Codex aus diesen erst ihre factischen Voraussetzungen reconstruiren müssen, hier subintelligiren, daß der Eigenthümer bis zum ganzen Belauf der Impensen bereichert und die Restitution irrthümlich ohne Abzug geschehen, oder die Retention unmöglich gewesen sei, oder ferner, daß die Verwendung nur zu Gunsten des Eigenthümers, oder kraft Auftrags geschehen sei u. s. w.

Fragen wir nun aber, von welchen Verwendungen kann überhaupt der Ersatz beansprucht werden, so sind zunächst die impensae voluptuariae auszuschließen, und zwar spricht dafür nicht nur die Analogie der einschlagenden Bestimmungen des Dotalrechts [k]), sondern auch die Billigkeit, die zur Begründung des Retentionsrechts des Usufructuars so wesentlich nöthig ist. Denn höchst unbillig wäre es, wenn der Eigenthümer die Kosten hergeben sollte, damit der Usufructuar die Sache, an der er ja nur ein vorübergehendes Recht hat, seinen Launen anpasse. Von dem impensae utiles und necessariae brauchen sodann natürlich alle die nicht ersetzt zu werden, die nur gemacht sind, um eine dem Usufructuar obliegende Pflicht zu erfüllen, und die deßhalb diesem ein für allemal aufgebürdet sind [l]).

---

k) L. 9 und l. 11 de impens in res dot.

l) Dazu gehören auch die Bestellungs- und Aussaatkosten, und es ist gewiß unrichtig, wenn man, wie das fast immer geschieht [vgl. z. B. Glücks Commentar Bd. IX S. 334], dem Usufructuar zugesteht, daß er Ersatz derselben verlangen kann, falls der Usufruct vor der Ernte beendigt wird und also die Früchte, zu deren Erzielung die Verwendungen gemacht sind, dem Eigenthümer zufallen. Die Analogie des Dotalrechts kann hier nicht entscheiden; denn das schreibt ja eine verhältnißmäßige Vertheilung der Früchte auf die ganze Fruchtperiode vor, so daß der Ehemann einen Theil derselben erhält, wenn die Ehe auch lange vor der Ernte beendigt wird. Daß die Bestellungskosten hier ebenfalls auf die ganze Fruchtperiode vertheilt werden, folgt aus dem Satze, daß sie die Früchte minderen [l. 46 de usur. 22, 2]. Wie aber dieser Satz auch

Sodann werden wenigstens die impensae utiles einer richterlichen Moderation unter Umständen unterworfen werden können; denn wenn diese schon da eintritt, wo der bonae fidei possesor, der doch glaubte, auf die eigene Sache Verwendungen zu machen, die Einrichtungen in so großartigem Stile traf, daß es für den Eigenthümer in seinen individuellen Verhältnissen unmöglich werden mußte, die Sache gegen Ersatz so großer Kosten einzulösen[m]), — so muß eine Ermäßigung mit weit größerm Rechte da eintreten, wo der Usufructuar so verfuhr, trotzdem, daß er wußte, daß der Eigenthümer, welcher die Kosten ersetzen müsse, eine so hohe Einlösungssumme nicht werde erschwingen können. Ja selbst dann handelte er gegen die bona fides und verwirkte damit den prätorischen Schutz, der ja nur der bona fides galt, wenn er wußte, daß der Ersatz solcher Verwendungen dem Eigenthümer zwar nicht unmöglich sein werde, ihn aber doch unverhältnißmäßig belasten werde. Auch hier wird das richterliche Moderationsrecht eintreten.

Noch ein Grund zur Minderung der zu ersetzenden Impensen, von dem freilich die Quellen in der Lehre vom Usufruct auch nichts berichten, möchte in Folgendem liegen: Verhältnißmäßig nur wenige Verwendungen bezwecken und erzielen einen Erfolg, der voraussichtlich

---

bewirken soll. daß der Usufructuar Ersatz erhält, wofür Glück ihn doch citirt, ist nicht abzusehen; denn keineswegs ist sein Sinn etwa der, daß wer die Frucht erntet, immer auch die Bestellungskosten tragen müsse, indem z. B. da, wo ein Usufruct an einem bereits bestellten Grundstück constituirt wird, niemand verlangen wird, daß der Usufructuar dem Eigenthümer Ersatz für die Bestellung leiste, es sei denn dies ausdrücklich verabredet. Da nun aber in l. 13 § 2 de usufr. bestimmt gesagt wird, der Eigenthümer könne mit einer Klage fordern, daß der Usufructuar den Acker aufbreche u. s. w., so wird dieser auch einen Ersatz der regelmäßigen Bestellungskosten nicht verlangen können. Denn deren Verwendung gehört mit zu dem, was er versprach, als er cavirte: **boni viri arbitratu se usurum fruiturum.** Daß das mitunter hart erscheinen kann, läßt sich nicht läugnen, namentlich dann, wenn schon in der ersten Fruchtperiode der Usufruct wieder endet; aber dies ist doch nicht mehr der Fall, als wenn der Usufructuar gleich Anfangs das Dach repariren läßt, und nun, ehe er zum Bewohnen des Hauses gekommen ist, sein Usufruct endet, wo man doch nicht eine Ersatzpflicht des Eigenthümers anerkennen wird.

m) L. 38 de R. V. 6, 1.

in allen Zeiten unverändert derselbe bleiben wird. Es giebt derartige, wie z. B. ein sumpfiges Grundstück durch Ableitung des Wassers für immer trocken gelegt oder durch Auszahlung einer Pfandschuld für immer von derselben befreit sein kann u. s. w, und dann ist kein Grand vorhanden, daß nicht der Eigenthümer, falls nur die Verwendung mit der Sorgfalt und Einsicht eines vir bonus gemacht ist, vollen Ersatz leisten muß und zwar ohne Rücksicht darauf, ob gleich im Anfang des Usus fructs diese Einrichtung getroffen und also auch schon vom Usufructuar mit Vortheil benutzt ist, oder ob sie erst unmittelbar vor dem Heimfall geschah; denn ihm, dem Eigenthümer, gewährt sie ja in jedem Falle dieselbe Bereicherung. Zinsen für das aufgewandte Kapital wird der Usufructuar für die Dauer des Usus fructs allerdings nicht beanspruchen können, denn dafür hatte er ja die Zeit über den Nutzen davon. Die meisten Verwendungen werden aber von der Art sein, daß sie, auch wenn keine außerordentliche Ereignisse ihren Zweck vereiteln, doch nur für einen bestimmten, im Voraus wenigstens annäherungsweise zu bestimmenden Zeitraum Erfolg haben können, und bei solchen liegt es schon auf der Hand, daß es im höchsten Grade unbillig wäre, wenn der Eigenthümer dafür Ersatz leisten müßte, trotzdem daß, schon ehe der Usus fruct erloschen war, die ganze Wirkung davon aufgehört hatte. Wenn also hier die Ersatzpflicht ganz wegfällt, so muß sie da, wo die Wirkung zwar noch fortdauert, aber doch die Verwendung zum Theil schon vom Usufructuar ausgebeutet ist, nach dem Verhältniß der Zeit, in welcher sie bereits Nutzen geleistet hat, und der, in welcher sie noch Nutzen leisten soll, zu Gunsten des Eigenthümers reducirt werden. Hat daher z. B. der Usufructuar zu Anfang des Usus fructs eine Scheune gebaut, die wahrscheinlich nur hundert Jahre hindurch wird benutzt werden können, und sie selbst funfzig Jahre hindurch benutzt, so wird er nur ungefähr die Hälfte der Verwendungen ersetzt erhalten können. Bei Fixirung des zu restituirenden Betrags wird jedoch in diesem Falle auch darauf Rücksicht genommen werden müssen, was nach den hundert Jahren die übrigbleibenden Baumaterialien werth sein werden, und demgemäß die Forderung des Usufructuars erhöht werden können, dagegen aber wieder die größern Nachtheile in Anrechnung gebracht werden müssen, welche

mit der Benutzung der Scheune während der zweiten Hälfte ihres Bestehens verbunden sind, wie z. B. häufige Reparaturkosten, und auch demgemäß ist die usufructuarische Forderung herabzusetzen. Ueberhaupt aber wird dem Richter ein ziemlich freies Ermessen vorbehalten werden müssen, wenn er hier zu einer billigen und zweckdienlichen Entscheidung gelangen soll.

Ein ius tollendi, wie es dem bonae fidei possessor hinsichtlich der Verwendungen zusteht, für die er keinen Ersatz erhält, wird dem Usufructuar ausdrücklich abgesprochen. Ulpian sagt in der l. 15 pr. de usufr.:

> Sed si quid inaedivicaverit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse, refixa plane posse vindicare[n]).

Und für diese Bestimmung läßt sich mit gutem Grunde anführen, wie die Verpflichtung des Usufructuars in jedem Momente bis zur erfolgten Restitution auf ein uti frui boni viri arbitratu gerichtet ist, und daß er daher die Sache auch in keinem Moment absichtlich verletzen und verschlechtern darf, möge er immerhin früher selbst sie ohne Nothwendigkeit verbessert haben. Sollte das ius tollendi ausnahmsweise einmal geübt werden können, ohne daß darin irgend welche Verschlechterung der Sache oder irgend eine dem Usufructuar untersagte Veränderung läge, so wird man es demselben wohl zugestehen müssen.

---

n) Wenn in l. 12 de usufr. legat 33, 2 gesagt wird, daß der Eigenthümer die Gebäude, welche er eigenmächtig während der Dauer des Usufructs, also mit Verletzung desselben, gebaut habe, nicht auch gegen den Willen des Usufructuars niederreißen dürfe, es sei denn, daß er es thue, ehe der Letztere ihn daran verhindere, — und damit also in einem ganz ähnlichen Falle ein ius tollendi wenigstens in beschränkter Hinsicht anerkannt ist, so hängt das damit zusammen, daß dem Eigenthümer nicht die positive Verpflichtung obliegt, die Sache so und so zu behandeln, sondern daß ihm nur untersagt ist, den Usufruct zu beschädigen. Greift er in das Recht des Usufructuars ein, da muß er den etwa entstandenen Schaden ersetzen; hier werden nun die beiden Handlungen, das Bauen und das Niederreißen, wenn sie nicht etwa der Usufructuar dadurch trennt, daß er ein Verbot interponirt, als eine einzige angesehen, und diese beiden zusammen haben weder Vortheil gebracht noch Schaden gestiftet, es ist ja Alles wie vorher und deßhalb nichts zu ersetzen. Wo aber contractlich eine Verpflichtung zur Sorgfalt eingegangen ist, kann dieser milden Behandlungsweise kein Raum gewährt werden.

§ 55.

Die Theilbarkeit des Usufructs.

Als eine charakteristische Eigenthümlichkeit des Usufructs, wodurch er sich von fast allen andern Servituten unterscheidet, erscheint die Theilbarkeit desselben, unter welchen Rechtsbegriff die Regeln zusammengefaßt werden, daß Mehrere gemeinsam einen Usufruct an derselben Sache haben können und jeder dann zu einer ideellen Quote berechtigt ist[a]), — daß er von dem Eigenthümer einer ganzen Sache nur für einen ideellen Theil derselben bestellt werden kann[b]), — daß er auch von einem einzelnen Miteigenthümer für seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache oder nur für einen ideellen Theil dieses Antheils errichtet werden kann[c]), — daß ein bestehender Usufruct zu einem ideellen Antheil untergehen kann[d]), — und, wie wir hinzufügen können, daß der Innehaber eines Usufructs ideelle Theile desselben auf Andere übertragen kann [vgl. § 28 S. 256 ff.]. Diese Sätze haben für fast alle andern Servituten keine Anwendung, die deßhalb auch wiederholt als untheilbar in den Quellen bezeichnet werden[e]), und auf Grund dieser Unterscheidung gelten für jede der beiden Klassen von Servituten wieder in manchen wichtigen Beziehungen verschiedene Grundsätze, so hinsichtlich der Entstehung und des Untergangs der Servituten.

---

a) L. 13 § 3, l. 49 de usufr.; l. 7 § 7 comm. div. 10, 2; l. 32 de stipul. serv. 45, 3.

b) L. 5, l. 50 de usufr.; tit. de usufr. accresc. 7, 2; l. 1 § 9, l. 81 pr. ad leg. Falcid. 35, 2; l. 13 § 1 de accept. 46, 4.

c) L. 49 de usufr.

d) L. 14 quib. mod. usufr. 7, 4: Excepta capitis minutione vel morte reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt.

e) Z. B. in l. 2, l. 11 de serv. 8, 1; l. 32 de S. P. R. 8, 3; l. 6 § 1 comm. praed. 8, 4; l. 4 § 4 si serv. vind. 8, 5; l. 25 § 9 fam. ercisc. 10, 2; l. 7 de serv. leg. 33, 3. — An einer Realservitut ist eine Gemeinschaft zu intellectuellen Theilen jedoch in so fern möglich, als das herrschende Grundstück im Miteigenthum Mehrerer stehen kann, wo sich auch die Servitutberechtigung ihrer engen Verbindung mit der Sache wegen in einem gleichen Theilungsverhältnisse zerspaltet.

Forschen wir aber nach dem innern Grunde der Lehre von der Untheilbarkeit der meisten Servituten, so müssen wir diesen trotz so mannigfacher Einwendungen und Angriffe noch immer mit Donell [Commentar B. 7 C. 9] zuerst darin suchen, daß eine theilweise Benutzung der Servitutbefugniß eine Unmöglichkeit ist, indem niemand z. B. nur zur Hälfte gehen, zur Hälfte Wasser leiten kann, sondern entweder ganz geht und Wasser leitet, oder gar nicht. Dagegen hat man allerdings gesagt f), das sei nur ein Scheingrund, der nur in rohen und unbehülflichen Zeiten ein Hinderniß hätte abgeben können, da man sich ja doch meistentheils durch eine Theilung nach Quantität, Zeit und dergl. hätte helfen können, — allein man ändert bei einer solchen Argumentation eigenmächtig das Theilungsobject und verfährt ebenso, als wenn man bei einem Miteigenthume Mehrerer jedem dieser Interessenten alsbald körperliche Theile der gemeinsamen Sache zum ausschlieslichen Eigenthum zusprechen wollte. Wie in diesem Falle jeder an jeder Scholle ein Anrecht, aber an keiner ein ausschließliches Anrecht hat, so müßte auch, wenn man eine Gemeinschaft Mehrerer an einer Servitut zu intellectuellen Theilen annehmen wollte, jeder ein Anrecht auf jede einzelne daraus fließende Befugniß haben und keiner irgend eine allein aus eigenem Rechte vornehmen dürfen. Ein gemeinsames Eigenthum Mehrerer ist möglich, weil jeder Miteigenthümer sein Anrecht auf einzelne Eigenthumshandlungen auf einen der Mitinteressenten oder auf einen Dritten übertragen kann, so daß dieser nun die Gesammtbefugniß zu dieser Handlung in sich vereint, und auf solche Weise das Eigenthum ausgebeutet werden kann, — eine gemeinsame Realservitut zu Gunsten verschiedener Grundstücke oder ein gemeinsamer Usus ist nicht möglich, weil sie unbenutzbar wären, indem jede einzelne Ausübungshandlung nur und allein so vorgenommen werden kann, daß sie unmittelbar dem Innehaber der Servitut zu Gute kommt, beziehungsweise auf das herrschende Grundstück verwandt wird, und deßhalb eine Ueberlassung des Anrechts auf die einzelnen Handlungen an andere Mitinteressenten, als dem Princip der Unveräußerlichkeit dieser

---

f) J. B. Schrader civ. Abhandlungen. S. 288.

Servituten widerstreitend, nicht stattfinden kann[g]). Beim Usufruct und den ihm nachgebildeten veräußerlichen Servituten vermag dagegen dieser Grund eine Untheilbarkeit nicht herbeizuführen; denn da, wo mehrere Usufructuare concurriren, können sie gemeinsam einen Dritten oder Einen aus ihrer Mitte beauftragen, die einzelnen Ausübungshandlungen vorzunehmen, und können daher diese sowohl nach der Zeit, in welcher sie vorzunehmen sind, als nach dem Theil der dienenden Sache, wo sie geschehen sollen, unter sich vertheilen, und ebenso kann aus gleichem Grunde da, wo der Usufruct nur an einem ideellen Theil besteht, und ein oder mehrere Eigenthümer daher mit dem Usufructuar concurriren, um die Nutzungen zu ziehen, die Gewinnung derselben bald einem Usufructuar, bald einem Eigenthümer von dem andern Theile überlassen werden.

Doch noch ein anderer Grund mußte mitwirken, um den Satz von der Theilbarkeit des Usufructs in seiner ganzen Ausdehnung entstehen zu lassen. In der Errichtung einer Servitut liegt nach unserer frühern Ausführung immer eine Minderung der dienenden Sache, und darum kann sie nur von demjenigen ausgehen, welcher

---

g) So sagt auch ein Fragment von *Sextus Pomponius* [Bonner Corp. Juris Anteiust. S. 169]: **Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.** Vgl. l. 17 de serv. 8, 1.

Dagegen können wieder die mehreren Miteigenthümer eines herrschenden Grundstücks ihr Anrecht auf [d]ie einzelne Handlung schon deßhalb auf Einen von ihnen, oder auf ihren gemeinschaftlichen Pächter u. s. w. übertragen, weil die Realservitut durch jeden ausgeübt werden darf, der sie unmittelbar zum Vortheil des herrschenden Grundstücks zu verwenden vermag, und dies von jedem geschehen kann, der die betreffenden Eigenthumshandlungen auf demselben vornehmen darf. Da nun das Recht aus diesem Grunde eine Gemeinschaft der mehreren Miteigenthümer an der dem gemeinsamen Grundstück zustehenden Realservitut zugelassen hatte, so mußte es auch Mittel zur Theilung dieser Gemeinschaft aufstellen, falls die Bedingung, die Gemeinschaft an dem herrschenden Grundstück, erlosch, und dieses körperlich getheilt wurde, und da griff es zu dem oben [§ 11, S. 240] besprochenen und gerechtfertigten aber immerhin singulären Mittel, daß es nicht jede einzelne Handlung, zu welcher die Servitut ermächtigt, sondern die Gesammtheit der mehreren Handlungen als das zu theilende Object auffaßte.

die volle Herrschaft über die Sache hat und über die Substanz derselben frei zu verfügen vermag. Der einzelne Miteigenthümer hat dies Recht aber noch nicht, sondern er hat für sich allein nur die Befugniß, jede Einwirkung Anderer auf die gemeinsame Sache zu untersagen, und erst in Gemeinschaft mit den übrigen Miteigenthümern ist er zu einer positiven Eigenthumshandlung ermächtigt[h]). Darum kann er auch nicht für sich allein die ganze Sache durch Servitutbestellung vermindern, zumal dadurch ja der Sevitutberechtigte, wenn wir von den negativen Servituten absehen, die Befugniß zur Vornahme bestimmter positiver Handlungen mit der gemeinsamen Sache und somit ein Recht erhalten würde, wie es sein Auctor, der einzelne Miteigenthümer, selbst vor der Servitutbestellung nicht hatte. Man sollte nun glauben, dieselben Ursachen müßten die Theilbarkeit des Usufructs beschränken, da seine Bestellung ebenfalls eine theilweise Minderung der Sache enthält und auch er regelmäßig die Befugniß verleiht, unmittelbar mit dem Körper der Sache bestimmte Handlungen vorzunehmen, und wenn man daher auch zugestände, daß ein Usufruct an einem ideellen Theil durch den alleinigen Eigenthümer oder durch die Gesammtheit der Miteigenthümer bestellt werden könne, so sei damit die Errichtung eines Usufructs durch den Eigenthümer eines ideellen Theils der Sache durchaus noch nicht gestattet.

Gleichwohl wird diese, wie oben erwähnt ist, in den Quellen als möglich anerkannt, und das erklärt sich daraus, daß der Usufruct von jeher dazu bestimmt war, einem Nichteigenthümer zeitweilig die Vortheile des Eigenthums zuzuwenden, und da nun ein Miteigenthum Mehrerer von jeher möglich war, so mußte der Gedanke nahe liegen, auch die Vortheile einer Quote des Eigenthums auf dem Wege der Usufructbestellung einem Nichtinteressenten zu übertragen. Dieser kann nun allerdings nicht in Folge seines partiellen Usufructs kraft eigenen Rechts positive Handlungen mit derselben vornehmen und nicht etwa alsbald beanspruchen, zeitweise allein zu gebrauchen oder eine Quote der Früchte zu beziehen, sondern er kann

h) L. 28 comm. div. 10, 3; l. 10 pr. § 1 de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3.

nur alles das für den Eigenthümer vornehmen, wodurch dieser aus der gemeinsamen Sache Nutzen zu ziehen pflegt, er hat gleichsam nur einen Usufruct an den Befugnissen, welche aus dem partiellen Eigenthum fließen, und tritt in die Communion der Miteigenthümer ein, um in derselben, soweit ihm nicht die Beschränkungen entgegentreten, die überall der zu freien Disposition des Usufructuars gesetzt sind, alle die Befugnisse auszuüben, die sonst dem Eigenthümer dieses Theils zustehen würden, während dagegen die Befugnisse des Letztern in der Communion, so lange der Usufruct ausgeübt wird, und so weit das usufructuarische Recht geht, gänzlich suspendirt sind. Weil aber auch da, wo der alleinige Eigenthümer der ganzen Sache einen Usufruct an einem ideellen Theil bestellt hat, der Innehaber desselben in gleicher Weise nur in Gemeinschaft mit den Usufructuaren der übrigen Theile oder, wo solche nicht vorhanden sind, mit dem Eigenthümer handeln kann, so ist es in soweit gleichgültig, ob der partielle Usufruct durch den Eigenthümer der ganzen Sache oder durch den einzelnen Miteigenthümer für dessen Antheil errichtet ist.

Doch anders muß es sich bei den übertragbaren persönlichen Servituten verhalten, die nicht den ganzen Complex der regelmäßigen Vortheile des Eigenthums, sondern nur eine einzelne oder mehrere fest bestimmte Befugnisse auf den Berechtigten übertragen sollen, obwohl sie in den Quellen meistens ganz dem Usufruct gleich behandelt, ja als solcher bezeichnet zu werden pflegen [vgl. § 20, S. 185 ff.]. Während nämlich da, wo ein regulärer Usufruct von dem einzelnen Miteigenthümer bestellt ist, der Innehaber desselben auf jede Art der Nutzung angewiesen ist, wie immer sie von den Communionsinteressenten beliebt wird, und er daher, wenn anders die Sache nur irgend eine nutzbare Eigenschaft hat, auch hoffen kann einigen Vortheil aus seinen Usufruct zu ziehen, so kann der, welchem nur eine einzelne Eigenthumsbefugniß, z. B. das Recht auf dem gemeinsamen Grundstück Töpferthon zu graben [l. 6 de S. P. R. 8, 3] von einem Miteigenthümer überwiesen ist, nur dann davon Nutzen ziehen, wenn die übrigen Miteigenthümer grade diese Benutzung gestatten. Erzwingen kann er dies nicht von ihnen, da ja auch sein Auctor das nicht vermochte; sie werden aber in Gemeinschaft mit ihm auch gegen den Willen des Miteigenthümers, an dessen Theil

die Servitut haftet, ermächtigt sein, die Nutzungsweise zu wählen, welche die Ausübung der Servitut ermöglicht, da jener, so lange diese benutzt wird, nicht nur die dadurch verliehene Befugniß selbst nicht üben darf, sondern auch Alles unterlassen muß, was die Servitut beeinträchtigt. Man sieht übrigens, welch ein unsicheres Rechtsverhältniß da entsteht, wo nur eine einzelne Befugniß durch einen Miteigenthümer verliehen ist, während die Ertheilung eines intellectuellen Theils derselben durch den Eigenthümer der ganzen Sache ein Recht schafft, welches jedem gegenüber geschützt wird; beim regulären Usufruct dagegen stehen beide Fälle gleich. Das war der Grund, weßhalb wir in § 20 S. 185 die Lehre von der Theilbarkeit des Usufructs nicht sofort auch für diese usufructartigen Rechte gelten lassen wollten.

Untersuchen wir nun die Stellung näher, welche der Innehaber eines Usufructs zu ideellen Theilen einnimmt, so finden wir, daß er stets eine doppelte Beziehung zu wahren hat: er darf nur die Handlungen vornehmen, welche die andern Nutzungsinteressenten [das sind die Usufructuare für die Theile, wo solche vorhanden sind, wo solche fehlen, die Eigenthümer und ihre Stellvertreter] vorzunehmen gestatten, und er darf sie nur so weit vornehmen, als dadurch nicht die Verpflichtung verletzt wird, welche er dem Eigenthümer des usufructuarischen Theils schuldet. Daher darf er auch da, wo sein Usufruct nicht durch besondere Bestimmungen der Constituenten weiter beschränkt ist, ohne Zustimmung des Eigenthümers bei keiner großen Veränderung mitwirken, wenn die andern Interessenten sie auch zugeben, ja muß, da er custodia schuldet, sie verhindern, wenn die andern sie einseitig vornehmen wollen. Versäumt er dies, so muß er auf Grund der Caution dem Herrn seines Theils Ersatz leisten; dieser kann sich aber auch noch, falls er vom Usufructuar wegen Insolvenz u. s. w. keine volle Entschädigung erhält, im iudicium communi dividundo den andern Miteigenthümern gegenüber schadlos halten, da dieselben wissen mußten, daß sie zu einem derartigen Vorschreiten durch die bloße Zustimmung des Usufructuars nicht ermächtigt wurden, und sie nicht annehmen konnten, daß dem Letztern ausnahmsweise mehr Befugnisse zugestanden seien, als gewöhnlich den Usufructuaren zukommen.

Auf Grund eines partiellen Usufructs kann daher selbständig nur und allein ein Recht, zu verbieten, ausgeübt werden; um irgend einen andern Act vorzunehmen bedarf man einer Ergänzung der partiellen Befugniß durch die andern Interessenten, welche allerdings nicht immer ausdrücklich geschehen muß, sondern häufig vermuthet wird. Um ein Recht auf eine solche Ergänzung zu erwerben, empfiehlt Ulpian mit Berufung auf Julian[1]) den Abschluß von Stipulationen, wodurch die Nutzungsinteressenten unter sich festsetzen können, wie jeder für sich allein einen Theil der Nutzung ziehen soll, und wodurch für den Fall der Verletzung dieser Verabredung durch einen der Stipulanten die actio ex stipulatu begründet wird. Wir können jetzt wohl noch weiter gehen und, sobald zwei Usufructuare in der Benutzung concurriren, diesen die Befugniß zugestehen, die einzelnen Nutzungen also zu theilen, daß sie einander gegenseitig die dingliche Berechtigung auf dieselben übertragen, so daß demnach die Uebereinkunft mit einer dinglichen Klage den Interessenten und jedem Dritten gegenüber geschützt wird. Denn da wir in den Ausführungen des § 28 [S. 256 ff] eine theilweise dingliche Veräußerung der Usufructbefugniß als möglich anerkannt haben, so müssen wir auch zugestehen, daß der intellectuelle Theil der Befugniß, auf dem und dem Stück der dienenden Sache oder in der und der Zeit den Usufruct zu üben, dem dinglichen Rechte nach veräußert werden kann. Dann wird es nun äußerlich so erscheinen, als ob jeder Interessent einen ganz selbständigen Usufruct ausübe, und daher nicht ideelle Theile eines Usufructs auf dem ganzen Grundstück, sondern zwei Usufructe auf den reellen Theilen desselben haften. Allein daß dennoch die einmal entstandene Gemeinschaft der Usufructuare fortbesteht, zeigt sich, wenn einer der partiellen Usufructe untergeht, indem dann nothwendig der ursprüngliche Inhalt desselben an den Eigenthümer des betreffenden Theils zurückfällt, und deßhalb die übrigen Interessenten verlieren müssen, was sie von diesem Theil erhalten haben. Ihr dingliches Recht auf den Theil der Befugniß, welcher zunächst dem Mitinteressenten zustand, dauert ja nur so lange, als diese Befugniß nicht bei diesem selbst untergegangen sein würde, und

i) L 13 § 3 de usufr.

deßhalb wird auch wieder jeder die Befugnisse, welche er bei der Theilung als Gegenleistung für die hingiebt, welche er empfängt, nur für so lange weggeben, als die Ususfructe der Andern dauern; denn sonst ist er in Gefahr, das, was er vom eigenen Rechte hingegeben hat, ebenso zu verlieren, wie das, was er dafür empfangen hat. Daß eine Veräußerung einer Ususfructbefugniß für bestimmte Zeit möglich sein muß, haben wir schon oben [§ 28 S. 254] ausgeführt. Da, wo der Usufructuar mit dem Eigenthümer seines Theils in der Nutzung concurrirt, erscheint eine solche Uebertragung als eine Aufhebung des entsprechenden Theils des Ususfructs, während in der Ueberlassung des Anrechts auf die einzelnen Befugnisse durch den Eigenthümer eine neue Servitutbestellung liegt, so daß, wenn z. B. Eigenthümer und Usufructuar zu ideellen Hälften concurrirten und nun festsetzen, daß jeder die Nutzung auf einer körperlichen Hälfte der Sache ziehe, damit für eine intellectuelle Hälfte des körperlichen Theils, welcher dem Usufructuar zufällt, ein neuer Ususfruct bestellt ist, wogegen derselbe für eine Hälfte des körperlichen Theils des Eigenthümers erloschen ist.

Allein bei dieser Art und Weise, den partiellen Ususfruct auszuüben, wird freiwillige Einigung der Nutzungsinteressenten vorausgesetzt; wo diese nicht zu Stande kommt, mußte das Recht ein Mittel schaffen, um dieselbe zwangsweise zu ergänzen, indem sonst im Falle von Mißhelligkeiten bei dem gegenseitigen Verhinderungsrecht ein unerträglicher Zustand entstehen würde. Allerdings hat schon an und für sich jeder Usufructuar den übrigen Interessenten gegenüber seine confessorische Klage, wie der Eigenthümer eines ideellen Theils dem Usufructuar eines anderen Theils gegenüber die negatorische hat, falls derselbe auf Grund seines partiellen Ususfructs in die Sphäre des unbeschränkten Eigenthums eingreifen will; aber beide Klagen dienen hier nur dazu, festzustellen, daß der Verklagte das und das nicht thun dürfe; sie können nicht ein Mittel schaffen, um nun auch jeden zu den positiven Vortheilen seines Rechts zu verhelfen. Da lag es nahe, hier ebenso zu verfahren, wie beim gemeinsamen Eigenthum, und die Theilungsklagen analog anzuwenden. Sabinus hat freilich, wie Paulus berichtet[k]), die Zulässigkeit des iudicium

k) L. 32 de stip. serv. 45, 3.

communi dividundo in Abrede gestellt „quoniam inter eos [sc. usufructuarios] nulla communio iuris esset“, — denn die Communion war ein Begriff, der zunächst nur für das Eigenthum ausgebildet war, — aber Julian scheint die Brauchbarkeit dieser Klage auch für diesen Fall zur allgemeinen Anerkennung gebracht zu haben[1]). Dies iudicium utile oder quasi communi dividundo, wie es in dieser Erweiterung heißt, wird in den Quellen allerdings nur zwischen zwei Usufructuaren erwähnt; da aber das Bedürfniß dasselbe ist, wenn Eigenthümer und Usufructuar in der Nutzung concurriren, so wird es unzweifelhaft auch dort angewendet werden können. Durch das richterliche Urtheil kann dann überall derselbe Zustand hergestellt werden, den die Parteien zum Zwecke der Theilung der einzelnen Ausübungshandlungen, wie wir sahen, auch freiwillig schaffen können, und so kann er sowohl den einzelnen Interessenten Obligationen auflegen, um die Ausübung durch die andern in bestimmter Weise zu gestatten, als er auch nach justinianischem Rechte durch Adjudication die dingliche Berechtigung auf einzelne oder sämmtliche Handlungen ausschließlich den Einen oder Andern der Interessenten oder einem Dritten gegen Entschädigung der Andern zuweisen kann. Ueberall aber kann der Richter nur solche Anordnungen treffen, wie sie die Gesammtheit der Interessenten auch durch freiwillige Verabredungen zu treffen vermögen, und das Urtheil ist an dieselben Grenzen gebunden, wie diese. Deßhalb kann es, wenn einer der partiellen Usufructe erloschen ist, nicht auch dem Eigenthümer des betreffenden Theils gegenüber Wirkung äußern, sondern dieser kann von da an jede Einwirkung der andern Interessenten auf die körperliche Sache verhindern, und gegen ihn muß ein neues iudicium communi dividundo oder utile iudicium von den Miteigenthümern oder den Innehabern von Usufructen an den andern ideellen Theilen erhoben werden, wie er auf der andern Seite auch dasselbe gegen die Uebrigen erheben

1) L. 13 § 3 de usufr.; l. 7 § 7 comm. divid. 10, 3; l. 4 de aq. quot. 43, 20. Auch durch das iudicium familiae herciscundae kann mitunter die Theilung eines Usufructs vor sich gehen, wie wenn z. B. eine Sache so legirt ist, daß der Usufruct derselben bei den Erben verbleibt, oder einem Erbschaftssklaven ein Usufruct bestellt ist. Vgl. l. 14 – l. 16 fam. herc. 10, 2.

kann. Ebenso wird ja auch der Usufruct, welchen der Eigenthümer eines ideellen Theils einmal bestellt hat, dadurch, daß gegen den Besteller ein Theilungsverfahren von einem Miteigenthümer ventilirt wird, in keiner Weise berührt, sondern es bedarf einer besondern Regelung zwischen dem Usufructuar und den concurrirenden Miteigenthümern[m]).

§. 56.

Die usufructuarische Caution.

Die seitherige Darstellung der Lehre vom Usufruct wird genügend nachgewiesen haben, welche wichtige Stellung in derselben die usufructuarische Caution einnimmt. Erst durch sie wird das gegenseitige Verhältniß von Usufructuar und Eigenthümer geregelt, und wo in einem einzelnen Falle ein Usufruct ausgeübt würde, ohne daß sie interponirt wäre, müßte sich dasselbe in vielfachen Beziehungen anders gestalten und der Willkühr des Usufructuars ein weit größerer Spielraum angewiesen sein. Es ist ein charakteristischer Zug des römischen Rechts, daß es niemals zur Aufstellung des allgemeinen Prinzips gelangt ist: überall, wo ein Usufruct constituirt ist, ist mit der Berechtigung des Usufructuars die Verpflichtung verbunden, so und so zu brauchen, und das und das mit der Sache vorzunehmen; —. daß es das römische Recht vielmehr immer den Betheiligten überlassen hat, jedesmal durch Abschluß eigener Rechtsgeschäfte diese Verpflichtung künstlich herzustellen, und so in jedem Falle selbst erst wieder den ganzen Weg zurückzulegen, welchen die Rechtsbildung eingehalten hat, um diesem Institut seine bestimmte Gestalt zu verleihen.

---

m) L. 31 de usufr. leg. 33, 2; vgl. § 8 S. 77.

Das iudicium communi dividundo utile kann außerdem aber auch angestellt werden, wenn Mehrere einen vollen ungetheilten, aber der Zeit nach oder sonst wie beschränkten Usufruct an derselben Sache haben, wie z. B. wenn er Zweien ein um's andere Jahr bestellt ist und nicht erkannt werden kann, wer ihn zuerst benutzen soll [l. 34 de usufr. 7, 1; l 2 quibus mod. usufr. 7, 4]; hier hat jenes iudicium dieselbe Funktion, die es überall haben kann, wo zwei Servitutberechtigte an derselben Sache concurriren [vgl. § 7 S. 73].

Besonders auffallend muß es nun aber erscheinen, daß der Grund, welcher bei der ursprünglichsten und häufigsten Entstehungsart des Usufructs, bei der Errichtung durch Legat, nach unsern frühern Andeutungen [§ 50 S. 451] vorzugsweise thätig gewesen sein soll, um den Abschluß eigener Stipulationen zum rechtlichen Erforderniß zu machen, schon zur Zeit der klassischen Jurisprudenz aufgehört hatte, und damit für diesen Fall eine Auffassung möglich geworden war, nach welcher eine formelle Verpflichtung des Usufructuars auf dem Wege der Stipulation überflüssig erscheinen mußte. Denn während nach dem ältern Rechte der Legatar nicht wieder onerirt werden durfte und deßhalb der Testator, wenn er einen Usufruct legirte, nicht dem Usufructuar direct die Verpflichtung auferlegen konnte, mit der Sache, das und das vorzunehmen u. s. w., sondern einen derartigen Erfolg nur dadurch zu erreichen vermochte, daß er das Legat an die Bedingung knüpfte, der Honorirte solle vorher das und das versprechen, so konnte doch später der Legatar durch testamentarische Verfügung alsbald wenigstens fideicommissarisch onerirt werden, und seitdem hätte man in der Zuwendung eines Usufructs zugleich auch die Anordnung einer Obligation für den künftigen Usufructuar erkennen können, wodurch dieser verpflichtet sein sollte, mit der Sache zu verfahren, wie es einem Usufructuar zukommt. Eine solche Auffassung war da, wo durch Fideicommiß der Usufruct errichtet war, oder wo nur die nuda proprietas legirt war, der Usufruct aber beim Erben verbleiben sollte, von Anfang an möglich gewesen. Gleichwohl hatte aber auch hier der Prätor fortwährend die Bestellung der Caution verlangt[a]).

Zur Erklärung dieser Erscheinung müssen wir aber nunmehr noch ein zweites Element der usufructuarischen Caution in Berücksichtigung ziehen, das wir seither außer Acht gelassen haben. Denn wenn sie auch wesentlich dazu benutzt wird, um den Umfang der beiderseitigen Berechtigungen zu regeln, so hat sie doch daneben auch den Zweck, dem Eigenthümer für seine Ansprüche an den Usufructuar reale Sicherheit zu schaffen, — sie ist nicht bloß Verbal= sondern

a) L. 1 § 2 usufr. quemadm. caveat. 7, 9.

auch Realcaution[b]), und nach dieser Seite hin blieb sie auch im späteren Rechte das einzige zweckdienliche Mittel. Wie aber ist die Verpflichtung des Usufructuars zur Bestellung einer realen Sicherheit für den Eigenthümer rechtlich zu erklären und zu begründen, und erscheint sie nicht als eine durchaus singuläre Belastung des Usufructuars? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir uns wieder daran erinnern, daß der ursprüngliche Fall des Usufructs, an dem sich die ganze Theorie desselben entwickelt hat, der ist, daß er durch testamentarische Verfügung angeordnet ist. Jeder nun, welcher in einem Testament onerirt ist, kann, sobald das Vermächtniß nicht sofort ganz gefordert werden darf, sondern in Folge ausdrücklicher Verfügung oder um der Natur der Umstände willen erst nach Ablauf einer längern Zeit erfüllt zu werden braucht oder doch nur durch ein längere Zeit hindurch fortgesetztes Handeln erfüllt werden kann, vom Honorirten zur Leistung einer Realcaution angehalten werden, um diesem seine später fällig werdenden Forderungen sicher zu stellen[c]), es sei denn, daß der Testator den Onerirten ausdrücklich von dieser Verpflichtung liberirt hat. Der Usufructuar erscheint nun aber auch rücksichtlich aller ihm obliegenden Verpflichtungen als ein durch das Testament Onerirter, während der Eigenthümer in so fern als honorirt erscheint, so daß er auch mit Recht eine reale Sicherheit für seine Forderungen begehren kann, und diese wird ihm durch die vom Bürgen garantirte usufructuarische Caution gewährt. Damit die Bürgschaftsbestellung in gehöriger Weise vor sich gehen könne, war die bestimmte Formulirung der Verpflichtungen des Usufructuars und die Zurückführung derselben auf einen civilen Contrakt erforderlich oder wenigstens empfehlenswerth, und dazu bot sich kein besseres

b) Denn es heißt nicht nur wiederholt [l. 13 pr. de usufr.; l. 5 § 1, l. 7 pr. usufr. quemadm. cav. 8, 9], der Prätor verlange vom Usufructuar „satisdatio", welcher Ausdruck schon auf einer Sicherheitsleistung durch Bürgen hinweißt [l. 1 qui satisdare cogatur 2, 8; l. 7 de stipul. praetor. 46, 5], sondern Paulus lehrt auch ausdrücklich in den Recept. Sent. III, 6, § 27: et ideo [fructuarius] omnia se usurum, ac si optimus pater familias uteretur, fideiussoribus oblatis cavere cogetur. Vgl. l. 8 de usufr. earum rerum. 7, 5.

c) Tit. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36, 3.

Mittel, als die Anfangs schon aus andern Gründen erforderliche Stipulation des Usufructuars, se arbitratu boni viri usurum fruiturum esse u. s. w. Auf diese Weise kam unsers Erachtens die römische Jurisprudenz dahin, keinerlei Untersuchung darüber anzustellen, ob das ausdrückliche, solenne Versprechen des Usufructuars noch erforderlich sei, oder nicht, sondern, indem sie sich streng an die überkommenen Regeln hielt, und jede testamentarische Verfügung, welche einen Ususfruct schuf, von der stillschweigenden Bedingung abhängig gemacht fand, daß der Bedachte vorher für gehörige Ausübung des vermachten Ususfructs caviren müsse, unterschied sie durchaus nicht weiter unter den beiden im Acte der Cautionsbestellung enthaltenen Momenten und recurrirte auch noch überall, wie es Anfangs nöthig gewesen war, auf die Caution, um die Obliegenheiten des Usufructuars zu motiviren und zu regeln.

Fragen wir nun aber, indem wir zunächst bei dem durch Testament entstandenen Ususfruct stehen bleiben, wie weit konnte die Cautionslast durch den Testator dem Usufructuar abgenommen werden, so müssen wir wieder die beiden Elemente der Caution unterscheiden. Das römische Recht hatte einmal die Auffassung angenommen, als werde erst durch das Versprechen des Usufructuars dessen Herrschaft über die ihm gegebene körperliche Sache auf die erforderlichen Grenzen zurückgeführt, und als erhalte also erst dadurch das ganze Verhältniß des Ususfructs den ihm eigenthümlichen Charakter. Hatte deßhalb jemand verfügt: Titius soll den Ususfruct haben, und: der Usufructuar Titius braucht nicht zu caviren, so fand man darin einen unlößbaren Widerspruch, und in Gemäßheit der auch sonst hinsichtlich unmöglicher Nebenbestimmungen eingehaltenen Vorschriften galt die letztere Verfügung, welche den Usufructuar von der Cautionsleistung entband, als nicht geschrieben und das Legat galt als das eines regulären Ususfructs. Von der Verpflichtung reale Sicherheit zu leisten, mußte der Usufructuar dagegen ebenso gut entbunden werden können, wie jeder Onerirte von der cautio legatorum servandorum im Testament befreit werden konnte, und wenn das auch in den Quellen nicht ausdrücklich gestattet wird[d]), so finden wir doch eine

d) Den Wortlaut einer testamentarischen Verfügung, welche von der

testamentarische Verfügung erwähnt, welche ein fast ähnliches Verhältniß schafft, und welche doch als durchaus gültig anerkannt wird. In l. 8 de usufr. earum rerum 7, 5 berichtet Papinian von einem Fall, wo vom Testator einzelne von den im Testament Honorirten als die bezeichnet sind, welche als Bürgen für den Usufructuar auftreten sollen, und zwar einzelne von den Erben, denen auch das Eigenthum an der usufructuarischen Sache zufällt und die daher zu den Cautionsberechtigten gehören; dies sei, fügt Papinian hinzu, ein Legat zu Gunsten des Usufructuars, da der Testator geglaubt haben werde: „eius interesse, fideiussores non suo periculo quaerere". Soweit daher in Folge dieser Verfügung die Rolle des Cautionsberechtigten und Cautionsverpflichten bei einer Person zusammentrifft, soweit ist die Realcaution ganz und gar erlassen. Aus der Combination der beiden Sätze, daß die Stipulation des Usufructuars nicht erlassen werden kann, daß dagegen die Bürgschaftsstellung erlassen werden kann, darf nun aber nicht gefolgert werden, daß, wenn in einem Testament der Usufructuar allgemein von der Cautionspflicht entbunden wird, er nun nur zu stipuliren und nicht Bürgen zu stellen brauche, vielmehr galt die ganze derartige Verfügung als nichtig, und es trat der regelmäßige Verlauf ein, d. h. der Usufructuar mußte in vorschriftsmäßiger Weise und also durch Bürgschaftsbestellung Caution leisten. So scheint mir nur die l. 7 C. ut in poss. legat. 6, 54 erklärlich zu sein, wo Alexander rescribirt:

> Scire debetis, fideicommissi et legati satisdationem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse; ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime *satisdationem* remitti testamento posse.

Der Kaiser wird einen Fall im Auge gehabt haben, wo ohne weitere Unterscheidung die satisdatio erlassen war, welche er dann als den Inbegriff der beiden zur regulären Caution erforderlichen Acte auf-

---

Satisdation allein liberit, geben uns die Vatikanischen Fragmente im § 69 de usufr. [nach May's Restitution]. Die darauf folgende Entscheidung des Juristen ist aber zu bruchstückweise erhalten, um sie auch nur mit einiger Sicherhite ergänzen zu können.

faßte, und da demnach die Verfügung des Testators etwas erlassen hatte, was sie nicht erlassen konnte, faßte der Kaiser sie als ganz nichtig auf und sprach darum den obigen allgemeinen Satz aus. Wäre ausdrücklich nur die Bestellung von Bürgen erlassen und ganz klar hingestellt, daß die persönliche Verpflichtung des Usufructuars nicht dadurch berührt werden solle, so würde diese Verfügung gewiß anerkannt sein.

Wir haben seither der Kürze halber nur immer davon gesprochen, wie der Eigenthümer Anspruch auf die Cautionsbestellung hat; allein da, wo der Usufruct durch letztwillige Verfügung constituirt wird, braucht mitunter dem, welcher beim Beginn des Usufructs Eigenthümer ist, nicht cavirt zu werden, und dagegen wird auch Nichteigenthümern gegenüber eine Cautionspflicht anerkannt. Denn bei der schon erwähnten Verwandtschaft der cautio usufructuaria mit der cautio legatorum servandorum causa muß sie einem jeden gegenüber bestellt werden, der nach Beendigung des Usufructs auf Grund der Dispositionen des Testators die Herausgabe der usufructuarischen Sache oder eines Theils derselben beanspruchen kann, sei es, weil er dann Eigenthümer sein wird, sei es, weil ihm ein eventueller Usufruct für diesen Fall bestellt ist. Selbst wenn diese Ansprüche noch von Bedingungen abhängig sind, gewähren sie die Befugniß, alsbald Caution zu fordern, und so kann der Usufruktuar mehreren successiv oder eventuell Berechtigten gegenüber caviren müssen. Das wird in l. 8 und l. 9 pr. usufructuarius quemadmodum 7, 9 anerkannt, und in ersterer Stelle z. B. von Paulus entschieden, daß, wenn Zweien ein Usufruct „conjunctim“ legirt sei, so daß also nach dem Wegfall des Einen der Andere in seinen Antheil succediren soll, sie sich gegenseitig und außerdem noch dem Erben, als dem Eigenthümer der Sache, dahin caviren müßten: si ad socium non pertineat ususfructus, heredi reddi. Ist mit Sicherheit vorauszusehen, daß der, welcher beim Anfang des Usufructs das Eigenthum der Sache hat, dasselbe bei Beendigung des Usufructs verloren hat, so fehlt ihm jedes Interesse an der Sache, und er kann keine Caution fordern[e]).

---

e) Anwendungen dieser Regeln finden sich in l. 9 si cui plus quam per legem Falcidiam 35, 3.

Damit hängt auch wohl die Entscheidung in l. 9 § 2 usufr. quemadm. zusammen[f]), wonach der Usufructuar nicht zu caviren braucht, wenn ihm selbst das Eigenthum der Sache ex die legirt ist, und also er, oder falls er vor Eintritt dieses Termins sterben sollte, seine Erben die seither auf Grund des Ususfructs detinirte Sache nunmehr als Eigenthümer zurückhalten können. Allerdings ist doch auch hier ein zeitweiliger Rückfall der Sache an den jetzigen Eigenthümer möglich, wenn nämlich der Ususfruct vor dem Termine, von wo an das Eigenthum beginnen soll, beendigt wird, und es läßt sich drum nicht leugnen, daß jener an der gehörigen Ausübung des Ususfructs ein Interesse haben kann, zumal wenn etwa der Eigenthumsübergang sehr weit hinausgeschoben sein sollte und so zu erwarten wäre, daß er die Sache selbst noch lange wird benutzen können, ehe er sie den Erben des Usufructuars zurückerstatten muß. Die Erwartung, daß der Usufructuar eine Sache, die ihm selbst in ferner Zukunft einmal gehören wird, mit größerer Sorgfalt benutzen und weniger übermäßig ausbeuten wird, wird oft getäuscht werden, und die Bestimmung der l. 9 § 2 nicht rechtfertigen können; wir vermögen daher auch nicht den singulären Charakter derselben zu leugnen und glauben die Voraussetzungen dieser Stelle dahin ergänzen zu müssen, daß der Jurist einen Fall im Auge hatte, wo der Zeitpunkt, an welchem dem Usufructuar das Eigenthum zufallen sollte, so nahe lag, daß man vermuthen konnte, derselbe werde noch in die Lebenszeit des Usufructuars fallen, und der jetzige Eigenthümer werde doch, wenn dies auch nicht der Fall sein sollte, bei der Beschaffenheit der Sache und der Kürze der noch übrigen Zeit so wenig Vortheil aus dem Gebrauch der Sache ziehen können, daß deßhalb die Bestellung einer eignen Caution als eine unverhältnißmäßige Last erscheint, wie sie daher wohl nicht in der Absicht des Testators gelegen habe. Streng genommen dürfte der Usufructuar nur dann von der Cautionspflicht befreit sein, wenn ihm das Eigenthum spätestens von dem Tage der Beendigung des Ususfructs an legirt wäre.

---

f) Plane si ex die proprietas alicui legata sit, ususfructus pure, dicendum esse Pomponius ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventuram.

Wir haben seither nur die usufructuarische Caution für den Fall besprochen, wo der Usufruct durch Testament entstanden ist; gehen wir zu dem Fall über, wo er durch Geschäfte unter Lebenden constituirt wird, so gestaltet sich hier die Sache in so fern von vorne herein anders, als noch bis in die spätern Zeiten des römischen Rechts der Regel nach jeder Klaggrund fehlte, um den Usufructuar zu seinen Obliegenheiten anzuhalten, wenn er sich nicht ausdrücklich durch Stipulation verpflichtet hatte, indem die solennen Errichtungsformen, so wie später der bloße Vertrag, wodurch der Usufruct constituirt ward, hierzu nicht genügten. Daraus hätte höchstens nur eine naturale Obligation abgeleitet werden können. Deßhalb hatte der Prätor mit Recht den Satz aufgestellt, und wurde daran stets festgehalten: jeder in iure cessio, jeder Quasitradition und jedem sonstigen Errichtungsgeschäft eines Usufructs ist die stillschweigende Bedingung beigefügt, daß der Empfänger des Usufructs dem Eigenthümer, und wenn deren mehrere sind, jedem derselben für seinen Theil[g]) Caution leiste. Diese bestand aber auch hier nicht allein in der Stipulation des Usufructuars, sondern weil da, wo sich zunächst die Form für die usufructuarische Caution ausgebildet hatte, eine Berufung von Bürgen üblich geworden war, nahm das Verkehrsleben diese mit hinüber, als es sich dieses Instituts zu bemächtigen begann, und so ward es Regel, daß der Usufructuar auch hier Bürgen stellen müsse[h]), obgleich in dem Wesen der Usufructbestellung so wenig ein Grund lag, der eine Bürgschaft erforderlich machte, wie in irgend einem andern freiwilligen Rechtsgeschäfte. Es versteht sich aber, daß den Constituenten die Befugniß verbleiben mußte, die Bürgschaft im einzelnen Falle zu erlassen, und daß demgemäß die eben allegirte l. 4 C. nur eine Interpretationsregel aufstellen will, ja man wird auch weiter zugestehen müssen, daß wenn sie einmal ausdrücklich und bewußt auch auf die Stipulation des Usufructuars verzichteten, damit nicht etwa die ganze Usufructerrichtung nichtig

g) L. 9 § 4 usufr. quemadmod.

h) L. 4 C. de usufr. 3, 33. Alexander. — Usufructu constituto consequens est, ut satisdatio boni viri arbitratu praebeatur . . . Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est.

geworden war, sondern nur ein Verhältniß entstand, welches von dem regelmäßigen Usussruct in allerlei Beziehungen abwich und daher den Namen Ususfruct kaum noch mit Recht führte. Ein solches Verhältniß zu schaffen, liegt innerhalb der Grenzen der erlaubten Dispositionenen über die eigene Sache, und wie man einem Dritten eine Sache ganz hingeben kann, so kann man ihm auch eine auf die Zeit beschränkte freiere Herrschaft über dieselbe gewähren. Vor positiven Beschädigungen, wie sie die Ususfructbefugniß nicht gestattet, mußte er sich freilich auch dann hüten, und ebenso konnte ihn die naturale Verpflichtung, wie sie aus dem pactum nudum hervorging, welches fast immer mit dem Errichtungsgeschäfte verbunden gewesen sein wird, zur Vornahme allerlei Handlungen zum Besten der Sache veranlassen. Als Beleg für die Möglichkeit eines solchen Ususfructs kann das Verhältniß dienen, welches das Gesetz an dem peculium adventitium der Hauskinder zu Gunsten des Vaters herstellt, und das ebenfalls als Ususfruct bezeichnet wird, obgleich der Vater keinerlei Caution zu bestellen braucht. Wir werden darauf bei Besprechung des gesetzlichen Ususfructs zurückkommen müssen.

Wenn einmal der Ususfruct durch Verjährung entstanden sein sollte, so muß man sich, um den Grund und den Umfang der Cautionspflicht aufzufinden, daran erinnern, wie diese ganze Entstehungsart nicht ratione iuris, sondern ratione utilitatis eingeführt ist, und daher der Grund der Caution auch lediglich in Nützlichkeitsgründen zu suchen ist; das ganze Verhältniß, wie es durch Verjährung entsteht, soll dem auf sonstige Weise entstandenen Ususfruct möglichst ähnlich sein, und der Usufructuar muß daher auf Erfordern caviren, als habe er durch ein Rechtsgeschäft den Ususfruct erworben.

Wir sind somit für die verschiedenen Errichtungsarten des Ususfructs zu dem Satze gekommen, daß derselbe abhängig gemacht ist von der Suspensivbedingung: wenn der Usufructuar dem dermaligen Eigenthümer oder dem, welcher voraussichtlich bei Beendigung des Ususfructs Eigenthümer sein wird, Caution geleistet hat. Doch damit ist die Cautionslast noch nicht beendet, sondern wie immer auch der Ususfruct entstanden sein mag, ist ihm doch ferner auch noch die Resolutivbedingung beigefügt: wenn nicht etwa das Eigenthum der Sache an einen Dritten veräußert wird und der Usu-

fructuar diesem Caution zu stellen sich weigert. Wie nach den Ausführungen im § 22 S. 193 die Constituenten die persönlichen Servituten von jeder Resulutivbedingung abhängig machen konnten, so waren sie auch zu dieser Beschränkung des Usufructs berechtigt; was aber gab Veranlassung um dieselbe als überall stillschweigend beigefügt zu denken? Da die erste bei Entstehung des Usufructs zu bestellende Caution nur der bestimmten Person, welcher sie geleistet wird, und deren Universalsuccessoren ein Forderungsrecht giebt, so konnten sich darauf die Singularsuccessoren, an die etwa die Sache nachher veräußert war, durchaus nicht berufen, und ebenso wenig konnte der ursprüngliche Stipulator sie geltend machen, weil er selbst durch Aufgeben seines Eigenthums die stillschweigende Voraussetzung des Versprechens, zu restituiren, beseitigt hätte [i]). Dieser mögliche Erfolg hätte jede Veräußerung einer im Usufruct stehenden Sache im höchsten Grade gefährlich gemacht, und die Sache wäre darum mit der Usufructbestellung eine fast unveräußerliche geworden. Das war gewiß nicht der Wille der Constituenten, und darum ergänzte man jene Resolutivbedingung, — mit andern Worten, man stellte den Satz auf, jedem Eigenthümer ist zu caviren, und dadurch sind nun alle spätern Erwerber der Sache in den Stand gesetzt, sich alsbald dem Usufructuar gegenüber genügenden Schutz für die Zukunft zu verschaffen. Dieser Satz wird aber auf die künftigen Eigenthümer zu beschränken sein, und keineswegs wird man denen, welche durch spätere Geschäfte Pfandrechte oder einen Usufruct für den Fall, daß der gegenwärtige erlöscht, erworben haben, oder welche sonst an der usufructuarischen Sache dinglich bertchtigt sind, einen Anspruch auf Caution dem Usufructuar gegenüber zugestehen dürfen; denn wenn sich auch nicht läugnen läßt, daß diese alle ein genügendes Interesse daran haben, daß die Sache ordnungsmäßig gebraucht wird, so läßt

i) L. 3 § 4 usufr. quemadm. Ulpianus. — Si heres alienaverit proprietatem, et postea amittatur ususfructus, an ex stipulatu agere possit, videamus. Et fortius dici potest, ipso iure non committi stipulationem, quia neque heredi successoribusve eius restitui potest, neque is, cui potest, id est, ad quem pervenit proprietas, pertinet ad stipulationem Vgl. § 54 S. 533.

sich doch nicht wahrscheinlich machen, daß eine solche Belastung in der Absicht der Constituenten gelegen habe, indem diese schwerlich auf Sicherung der künftig dinglich Berechtigten bedacht gewesen sein werden, da diese so mannigfach sein können und doch in den gewöhnlichsten Fällen, wie sie die Constituenten da im Auge gehabt haben werden, wo sie nichts Ausdrückliches bestimmten, gar nicht vorhanden sein werden. Nur daß die Sache auch künftig im Eigenthum stehen werde, konnten sie mit Sicherheit voraussetzen, und man darf daher auch nur annehmen, daß sie an Schutz für das Interesse des künftigen Eigenthümers dachten.

Gehen wir zu der Frage über, wer die Caution zu stellen hat, so finden wir in den Quellen immer nur gesagt, der Usufructuar müsse caviren, ohne daß uns für den Fall, wo der ursprüngliche Usufructuar sein Recht veräußert hat, irgend welche Regeln gegeben werden. Solcher bedarf es aber nicht nur, wenn man mit unsern Ausführungen in §. 27 S. 226 ff. annimmt, daß im spätern Rechte das ganze dingliche Recht übertragbar war, sondern auch dann, wenn man mit der herrschenden Theorie eine bloße Uebertragbarkeit der Ausübung annimmt, indem der ursprüngliche Usufructuar, da ihm einmal die Befugniß zugestanden ist, durch Andere sein Recht ausüben zu lassen, nicht mit Nothwendigkeit für jede Handlung dieser seiner Stellvertreter verantwortlich sein kann und wegen ihrer Verletzung der usufructuarischen Sache durchaus nicht stets mit der Klage aus der Caution, als ob er selbst dolose gehandelt habe, belangt werden darf. Allerdings wird es ein Theil seines Versprechens „se boni viri arbitratu usurum fruiturum esse" sein, daß er den Ususfruct nur solchen Personen überläßt, von denen eine gehörige Benutzung und eine hinlängliche Schonung der Sache erwartet werden kann; allein hat er bei der Auswahl seines Stellvertreters die nöthige Sorgfalt bewahrt, so wird er auch von aller weitern Verantwortung freigesprochen werden müssen, da nirgends ein civiler Grund, aus dem er haften sollte, wird aufgefunden werden können. Man könnte argumentiren wollen, dem Eigenthümer wird bei Verletzungen Seitens des dritten Ausübenden, dadurch geholfen, daß der ursprüngliche Usufructuar auf Grund der von ihm bestellten Caution und der darin so generell versprochenen Restitution auch die Klagen

abtreten muß, welche er in Folge des zwischen ihm und dem Beschädiger bestehenden Vertragsverhältnisses gegen diesen anstellen kann; allein damit ein Klagrecht beim ersten Usufructuar entsteht, ist nöthig, daß er selbst durch die Handlung des Andern Schaden erleidet, und dies findet da, wo die Ausübung des Usufructs für alle Zeiten veräußert ist, noch nicht durch die bloße Verschlechterung der Sache statt; folglich kann er auch nicht dem Eigenthümer eine Klage cediren.

Hiernach wird es nicht nur da, wo der Usufruct völlig veräußert ist, sondern auch da, wo nur die Ausübungsbefugniß Andern abgetreten ist, eines Schutzmittels gegen Verletzungen durch die jedesmaligen Innehaber der Sache bedürfen, und daß dies eben in beiden Fällen nöthig ist, möchten wir um so mehr hervorheben, als man geneigt sein könnte, aus dem gänzlichen Schweigen unserer Quellen über das Verhältniß des Eigenthümers zu dem spätern Erwerber des Usufructs einen Grund gegen unsere obigen Ausführungen über die Veräußerungsfähigkeit des Usufructs zu entnehmen. Dieser Grund würde auch der Möglichkeit, die Ausübungsbefugniß übertragen zu können, entgegentreten, und die wird doch ausdrücklich und vielfach in den Quellen anerkannt.

Dieses Schutzmittel, dessen der Eigenthümer bedarf, wird darin bestehen, daß ihm analog dem Falle, wo das Eigenthum während der Dauer des Usufructs veräußert ist, und wo jeder Erwerber des Eigenthums Caution fordern kann, die Befugniß ertheilt wird, von jedem Erwerber des Usufructs Caution zu fordern, und zwar einerlei, ob dieser nur ein Forderungsrecht auf Gestattung der Ausübung oder ein dingliches Recht auf den Usufruct selbst hat. Dadurch hat der Eigenthümer dann Gelegenheit, sich jedesmal unmittelbar an den zu halten, welcher in Folge des Usufructs die Sache detinirt. Man wird freilich dagegen sagen, der Eigenthümer wird gar nicht immer erfahren, auf wen der Usufruct übergegangen ist, und wäre es daher wirklich die Absicht des Rechts, daß jeder, der einmal zur Ausübung des Usufructs kommt, schon um deswillen zur Cautionsleistung verpflichtet sei, so hätte hier eine ähnliche Einrichtung wie bei der Emphyteuse getroffen werden müssen, vermöge deren jeder Innehaber zur Denuntiation an den Eigenthümer verpflichtet ist, sobald eine Veräußerung geschehen ist; allein eine derartige Ver-

pflichtung ist auch wohl hier vorhanden, indem der Usufructuar und seine Nachfolger schon durch die von ihnen selbst geleisteten Cautionen nicht nur, wie wir schon erwähnten, verpflichtet sind, nur an eine solche Person den Usufruct und damit die usufructuarische Sache zu übertragen, welche im Stande ist, die erforderlichen Leistungen auf die Sache zu machen, und von denen eine sorgfältige Benutzung derselben zu erwarten steht, sondern auch aus gleichem Grunde Sorge tragen müssen, daß der Eigenthümer stets in der Lage ist, sein Recht geltend zu machen, und wo sie daher annehmen können, daß jener nichts von der Uebertragung erfährt, müssen sie, wenn anders sie als sorgfältige Männer verfahren wollen, ihn davon rechtzeitig in Kenntniß setzen.

Fragen wir schließlich nach den Mitteln, durch welche alle diejenigen, die einen Anspruch auf Leistung der cautio usufructuaria haben, diesen realisiren, so wird einmal dem Usufructuar, bis er dieselbe bestellt hat, die confessorische Klage durchaus abgesprochen[k]) und ebenso auch die andern zum Schutze seines Usufructs gegebenen Klagen, selbst soweit sie gegen Dritte gehen, die etwa die usufructuarische Sache verletzt haben[l]). Und diese Klagen sind nicht etwa vorläufig suspendirt, so daß sie nach Leistung der Caution vom Usufructuar in vollem Umfange angestellt werden können, sondern so weit sie bis zu diesem Zeitpunkte durch Verletzung der Sache u. s. w. entstanden sind, kann sie nur der Eigenthümer, nicht der Usufructuar erheben, wie jenem auch allein der Bezug der Früchte zusteht, so daß auch der Usufructuar nach beschaffter Caution nicht etwa deren nachträgliche Herausgabe fordern kann[m]). Wie nun der Usufructuar, ehe er Caution bestellt hat, keine Klage auf sein Recht stützen kann, so kann er sich auch nicht exceptionsweise darauf berufen, wenn der Eigenthümer die Sache, trotzdem daß er sie vielleicht selbst dem Usufructuar des Usufructs wegen hingegeben hat, vindiciren will[n]), und zwar muß er sie dann unsers Erachtens mit allen gezogenen

k) L. 13 pr. de usufr.
l) Arg. leg. 35 de usurp. 41, 3.
m) Arg. leg. 24 pr. de usufr. leg. 33, 2.
n) L. 7 pr. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

Früchten herausgeben, falls nicht etwa besondere Momente vorhanden sind, die darauf schließen lassen, daß der Eigenthümer auch die ohne vorherige Caution gezogenen Früchte dem Usufructuar habe schenken wollen. Man hat freilich ziemlich häufig gesagt, ein Usufructuar dürfe, auch wenn er noch keine Caution bestellt habe, hinsichtlich des Fruchtbezugs doch nicht schlechter gestellt werden, wie ein ganz unberechtigter **bonae fidei possessor**[o]; allein da die Befugnisse des Usufructuars bis zur Cautionsleistung ganz suspendirt sind und er daher die Sache bis dahin gleichsam **sine causa** benutzt, ihm ferner dieser Rechtssatz bekannt sein muß, so wird man ihn nicht mit Unrecht dem **malae fidei possessor** gleichstellen.

Neben diesen Mitteln, welche indirect die Leistung der Caution bewirken sollen, wird ein directer Zwang dazu nur unter besonderen Verhältnissen, welche eine Klage hervorzurufen im Stande sind, angewandt werden können. Manche haben freilich auf Grund zweier Stellen, die eine Condiction der Caution erwähnen[p], unbegreiflicher Weise von einer **condictio sine causa** oder **causa data causa non secuta** gesprochen, als ob diese gegen den Usufructuar auf Leistung der Caution angestellt werden könnten, während sie doch immer nur die Restitution dessen fordern sollen, was aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten gekommen ist, und davon hier, wo es sich um eine Caution handelt, die noch gar nicht existirt, sondern erst bestellt werden soll, doch gar nicht die Rede sein kann. Ebenso läßt sich, wie die seitherigen Erörterungen beweisen, nicht unmittelbar auf den Rechtssatz, daß der Usufructuar caviren müsse, eine Klage, etwa eine **condictio ex lege**, basiren, indem es vielmehr immer nur als die Bedingung für den Usufruct hingestellt wird, daß cavirt worden sei, auf Erfüllung der Bedingung aber nicht geklagt werden

o) Vgl. Glücks Commentar Bd. 9 S. 498 ff. und die dort Angeführten.

p) Für den wahren Ususfruct geschieht es allerdings nur in der l. 7 **usufr. quemadm. caveat. 7, 9**; dagegen aber bespricht die l. 5 § 1 **de usufr. earum rerum 7, 5** denselben Fall für den Quasiususfruct, und sagt auch hier: **omissam cautionem posse condici incerti condictione**, und bei der innern Gleichheit beider Fälle, werden wir beide Stellen hier anführen können. Namentlich wird die Uebereinstimmung derselben es unmöglich machen, die Schwierigkeiten, welche sie bieten, durch Aenderungen des Textes zu beseitigen.

kann[q]). Diese Auffassung wird nun aber auch durch Quellenzeugnisse unterstützt, indem es in den Fällen der l. 9 § 4 ad exhibend. 10, 4 und der l. 1 § 17 ut legat. 36, 3[r]), wo die usufructuarische Sache ohne Zuthun des Cautionsberechtigten in die Hände des Usufructuars gekommen war, des außerordentlichen Rechtsmittels der actio in factum oder selbst der actio ad exhibendum gegen den, welcher diesen Zustand verschuldete, nicht bedurft hätte, wenn schon in Folge einer allgemeinen gesetzlichen Vorschrift die Caution hätte erzwungen werden können.

Die besondern Verhältnisse, welche eine Klage zu erzeugen im Stande sind, werden aber schon da vorhanden sein, wo der cautionsberechtigte Eigenthümer selbst die Sache dem Usufructuar zum Usufruct hingegeben hat, indem er es in der Voraussetzung thun wird, daß nun auch der Empfänger seiner Seits das leisten werde, was nöthig ist, um dem Verhältniß die Gestalt eines regelmäßigen Usufructs zu verleihen, und wenn dieser weiß, daß er die Sache nur zum Usufruct erhält, und daher nur in der Voraussetzung, daß er auch Caution leiste, so verpflichtet er sich mit der Annahme der Sache, und es liegt also ein Innominatcontract vor, der durch facere (oder beim Quasiususfruct durch dare) ut facias entstanden ist. Daher wird die Caution, als die vom Usufructuar zu machende Gegenleistung, mit der actio praescriptis verbis gefordert werden können[s]), und

---

q) Ohnehin war auch die Cautionspflicht nicht durch eine lex, sondern durch das prätorische Edict geregelt, aus welchem eine condictio nicht hergeleitet werden konnte.

r) Wir haben diese Stellen unten in der Lehre vom Quasiususfruct, mit dem sie sich zunächst beschäftigen, und von dem wir sie hier nur in Folge der Gleichheit dieses Verhältnisses beim wahren und beim Quasiususfruct entlehnen, ausführlich zu besprechen.

s) Wir lassen es dahin gestellt sein, ob es möglich ist, daß der Ausdruck condictio incerti und condicere in den erwähnten l. 7 usufr. quemadm. cav. und l. 5 § 1 de usufr. ear. rerum in Folge eines von der herrschenden Theorie freilich geleugneten weiteren Sinnes des Ausdrucks „condictio“ auf die actio praescriptis verbis bezogen werden kann. Constatiren wollen wir hier nur, daß in diesen beiden von den Schriftstellern über die Condictionen meistens ignorirten Stellen Condictionen erwähnt werden, welche sich unter



diese Klage auf Cautionsleistung wird sich unter Umständen auch viel vortheilhafter herausstellen, als die alsbaldige Vindication der usufructuarischen Sache selbst, welche dem Eigenthümer bis zur beschafften Caution ja auch zusteht. Denn ist die Sache durch die Schuld des Usufructuars bereits zur Zeit der Klaganstellung verschlechtert, ohne daß eine besondere Delictsklage darauf gebaut werden kann, so wird mit der Vindication nur diese verschlechterte Sache gefordert werden können, während die actio praescriptis verbis, vorausgesetzt, daß wir ihr den Charakter als gutgläubige Klagen zugestehen, es möglich macht, zu fordern, daß der Kläger in die Lage gebracht werde, in der er sein würde, wenn rechtzeitig, also gleich beim Beginn des Usufructs, vom Usufructuar geleistet wäre, so daß dieser nicht nur wegen der Zukunft Caution bestellen muß, sondern auch den Schadensersatz zu leisten hat, der von ihm mit der

---

den gewöhnlich aufgeführten Kategorien dieser Klagen nicht unterbringen lassen. Der Versuch, den Donell (Commentar lib. X. c. 4, § 16) und nach ihm manche Andere gemacht haben, die Stellen so zu verstehen, als ob nicht die Caution, sondern zunächst nur die hingegebene Sache condicirt werden solle, von dieser Condiction dann aber die Cautionsleistung befreie, so daß sie in den meisten Fällen den Erfolg haben werde, daß die Caution geleistet werde, und daher uneigentlich gesagt werden konnte, diese werde condicirt, kann nur in dem Fall des Quasiusufructs mit einigem Schein gemacht werden und erklärt den Ausspruch der l. 7 cit. für den wahren Usufruct, den Doneil auch ganz ignorirt, in keiner Weise, indem dort auf Rückgabe der usufructuarischen Sache, deren Eigenthum ja nicht verloren ist, nicht eine Condiction, sondern nur eine Vindication gerichtet werden konnte. Unsere Condiction wird dort ja auch ausdrücklich neben der Vindication genannt. Aber auch für den Fall der l. 5 § 1 de usufr. ear. rerum unterliegt Donells Erklärung erheblichen Zweifeln, indem dort Ulpian von einer condictio incerti redet, während die Klage auf die zum Quasiusufruct hingegebene Sache, da er nach dem Anfang der Stelle zunächst daran denkt, daß diese pecunia certa war, eine condictio certi hätte sein müssen. Ohnehin wird man auch eine Erklärung finden müssen, die beiden Fällen zu genügen vermag, da eine Uebereinstimmung derselben durchaus in die Augen springt und ein gleiches Princip beiden zu Grunde liegen muß. Daß auch in beiden der Cautionsberechtigte die Sache selbst hingegeben hat, ist gewiß kein zufälliges Moment, zumal weil da, wo die Sache auf andere Weise an den Usufructuar gelangte, kein Versuch gemacht wird, eine Condiction der Caution zuzulassen [s. die vorige Seite].

Klage aus der Caution hätte beigetrieben werden können, wenn er gleich Anfangs cavirt hätte.

Wenn nicht sowohl über die Frage, ob Caution zu bestellen ist, zwischen Eigenthümer und Usufructuar gestritten wird, sondern über die, ob die angebotene Realcaution genügende Sicherheit gewähre, so soll das arbitrium boni viri entscheiden[1]). Bürgschaftsbestellung ist die regelmäßige und in den Gesetzen allein erwähnten Form dieser Realcaution; wie weit da, wo der Usufructuar sie nicht beschaffen kann, ein Surrogat dafür angenommen werden muß, wird in Gemäßheit der sonstigen, hinsichtlich der prätorischen Cautionen geltenden Grundsätze zu entscheiden sein.

§. 57.

Der gesetzliche Usufruct.

Wenn der Usufruct in einer nur ihm eigenthümlichen Weise, ohne daß es eines Errichtungsactes bedarf, unmittelbar in Folge gesetzlicher Vorschrift eintritt, so bedarf dies Verhältniß nicht allein um dieser Entstehungsweise willen einer besondern Besprechung — denn dann hätten wir sie füglich dem folgenden Abschnitt vorbehalten müssen — sondern es bietet daneben auch seinem Inhalt nach mannigfache materielle Abweichungen vom regelmäßigen Usufruct und muß daher hier eingehender behandelt werden. Das römische Recht läßt in fünf Fällen einen gesetzlichen Usufruct entstehen, die wir getrennt werden darstellen müssen:

1) Der Vater erwirbt einen Usufruct an dem *peculium adventitium* des Haussohns. Nachdem ihm im alten Rechte das unbeschränkte Eigenthum an allen Erwerbungen desselben zugestanden hatte, soweit sie nicht zu dessen peculium castrense gehörten[a]), führte zuerst Constantin darin eine Beschränkung ein, daß er

---

1) L. 4 C. de usufr. 3, 33.

a) Gegen die Ansicht, welche schon zur Zeit der klassischen Juristen Anfänge das peculium adventitium erkennen will, siehe Marezoll in dem Aufsatz. Revision der Lehre von den s. g. Adventitien in der Gießer Zeitschrift für C. R. und Pr. Bd. 8 (1835) S. 75 ff.

Maaßregeln ergriff, um die Güter, welche den Hauskindern von ihrer Mutter zukamen, die bona materna, denselben zu erhalten und das that er, indem er dem Vater die Veräußerungsbefugniß daran entzog und für den Todesfall desselben dem betreffenden Hauskinde den Anfall dieser Güter und zwar als praecipuum zusicherte. Das Recht des Vaters bezeichnete er hier zwar schon einmal als eine potestas utendi fruendique oder als ein fruendi pontificium und verlangt auch von ihm, daß er die Sache mit Sorgfalt behandele und schütze[b]), aber dennoch ist er noch fern davon, an einen eigentlichen Ususfruct zu denken, und sagt deßhalb am Anfang der Constitution, die Sachen sollen in parentum potestate atque dominio sein, und in der folgenden l. 2 C. Theod. bezeichnet er das Recht des Vaters als ein dominium possessionis. Arcadius und Honorius stellten ein gleiches Rechtsverhältniß hinsichtlich aller Güter her, die ein Hauskind von mütterlichen Verwandten erhielt [der bona materni generis][c]), und Theodos und Valentinian hinsichtlich derer, welche ein Hauskind von seinem eigenen Ehegatten erhielt [der lucra nuptialia][d]). Inzwischen hatte sich aber der Gesichtspunkt ausgebildet, daß das Recht des Vaters, welches ja mit seiner Lebenszeit aufhöre und ihm keine freie Verfügung über die Substanz der Sache verstatte, dem Ususfruct ähnlicher als dem Eigenthum sei, und die zuletzt genannten Kaiser bezeichnen dasselbe rücksichtlich der bona materna schon ganz bestimmt als einen Ususfruct[e]). Diese Auffassung wird durch Justinian festgehalten, und sowohl in die ältern Constitutionen durch die Compilatoren nach-

---

b) L. 1 C. Theod. de matern. bon. 8, 18: — parentes, penes quos maternarum rerum utendi fruendique potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere et, quod iure filii debetur, in examine poscere, et sumtus ex fructibus impigre facere, et litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium et personam gerant legitimam.

c) L. 7 C. Theod. daselbst.

d) L. 1 C. Theod. de bonis quae filiis famil. 8, 19; l. 1 C. Just. daselbst 6, 61.

e) L. 9 C. Theod. de mat. bonis 8, 18.

träglich hineingetragen [f]), als auch bei den Sachen angewandt, an denen Justinian zuerst den Hauskindern ein besonderes Recht verlieh. Denn aller Erwerb derselben, soweit er nicht zum castrense, quasi castrense, adventitium irregulare, oder profectitium gehört, oder in Folge gesetzlicher Vorschrift aus dem Vermögen des Vaters an sie fällt [g]), soll dem Eigenthum nach den Kindern zustehen, der Vater aber daran den Usufruct haben [h]). Gleichwohl aber verfügt Justinian, die Kinder sollten deßhalb nicht etwa Hypotheken am Vermögen des Vaters haben oder Rechnungsablage von ihm fordern können, sondern er habe plenissimam potestatem uti fruique. Et gubernatio earum sit penitus impunita, et nullo modo audeat filiusfamilias . . . . vetare eam, in cuius potestate est, easdem res tenere aut, quomodo voluerit, gubernare, vel si hoc fecerit, patria potestas in eum exercenda est etc. [i]). Doch auch den Usufruct des Vaters an den bona materna und materni generis mußte er sich eben so denken, da er in l. 8 § 5 de secund. nupt. 5, 9, wo er den Kindern für den Fall, daß ihr Vater zur zweiten Ehe schreitet, zur Sicherung ihres Anspruchs auf jene Güter eine Hypothek am ganzen Vermögen des Vaters verleiht, die Warnung hinzufügt: ita tamen, ut occasione talium hypothecarum neque patris . . . administrationem filii valeant perscrutari, vel aliquam eis movere super hoc quaestionem, und also da, wo diese Hypothek noch nicht entstanden war, noch viel weniger ein Klagrecht der Kinder gegen ihren Vater wegen schlechter Verwaltung zugelassen haben kann.

Hierin liegt nun schon, wie trotz dem Namen das Verhältniß des Vaters zu den sämmtlichen Sachen des sogen. peculium adventitium seines Hauskindes sich immer wesentlich vom regelmäßigen Usufruct unterscheidet und hauptsächlich nur die Zeitdauer mit ihm gemein hat. Es fehlt das ganze so charakteristische Obligationsverhältniß, welches neben diesem in Folge der Cautionspflicht des Usufructuars hergeht, und welches hier schon deßhalb wegfällt, weil eine

---

f) L. 1 und l. 2 C. Just. de bon. mat. 6, 60.

g) Vgl. Marezoll S. 217 ff.

h) L. 6 C. de bon. quae lib. 6, 61.

i) § 2 das.

civile Obligation, wie sie durch die Kaution erzeugt wurde, zwischen Vater und Hauskind unmöglich war, und deßhalb schon, auch wenn es jene Gesetze nicht ausdrücklich angeordnet hätten, Letzterem jede Möglichkeit genommen war, während der Dauer des väterlichen Rechts Klage wegen Verletzung der fraglichen Sache zu erheben. Denn auch die Klagen, welche bloß auf Grund des Delicts Entschädigungen forderten, standen ihm nicht zu, so lange ihn der Schaden noch nicht wirklich getroffen hatte, d. h. so lange er noch nicht fordern konnte, daß die unbeschädigte Sache wieder Theil seines Vermögens werde (vgl. § 51 S. 475). Aus diesem Grunde können wir auch nicht beistimmen, wenn man in neuerer Zeit aus der erwähnten Vorschrift Constantins in l. 1 C. de bon. mat., wonach der Vater bei der Benutzung der bona materna omnem tuendae rei diligentiam prästiren soll, und aus Justinians Worten in l. 6 C. de bon. quae lib., wonach die Verwaltung des Vaters an dem durch jene Constitution geschaffenem peculium adventitium eine gubernatio penitus impunita sein soll, auf einen wesentlichen Unterschied zwischen der Behandlung der bona materna und der sonstigen Adventitiensachen schließen zu müssen glaubt. Constantin fordert allerdings omnem diligentiam vom Vater, aber er hat kein Mittel geschaffen, um dieser Forderung alsbald Nachdruck zu geben, und so bleibt es meisten Theils eine bloß moralische Vorschrift, die nicht rechtlich erzwingbar ist. Geht die Sache durch ein noch so culposes Unterlassen des Vaters unter, so giebt es keine Klage, um von ihm, oder von seinem Erben Ersatz zu verlangen. Anders verhält es sich allerdings, wenn er die Sache positiv verletzt, und dadurch Klagen gegen ihn, oder richtiger, da gegen ihn nicht geklagt werden soll, gegen seine Erben möglich werden; auf sein Recht zur Nutznießung wird sich exceptionsweise, um die Verletzung als einen Ausfluß derselben zu rechtfertigen, nur dann berufen werden können, wenn er dasselbe als ein diligens pater familias geübt hat. Dies wird aber nicht allein da möglich sein, wo es sich um bona materna handelt, sondern auch bei allen andern Arten der Adventitien, wenn es auch nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Denn nur die gubernatio ist eine ungestrafte; und dazu kann nicht die vorsätzliche culpose Beschädigung gerechnet werden, deren sich der Vater doch enthalten

mußte, da er wußte, daß die Sache eine fremde war[k]). Doch wird praktisch die Frage kaum von Bedeutung gewesen sein können, da von den Erben, gegen welche ja nur geklagt werden konnte, immer doch nur das, um welches sie in Folge jenes Delicts reicher geworden waren, nicht etwa Strafen oder Entschädigungen gefordert werden konnte, und das galt nicht nur hinsichtlich der eigentlichen Strafklagen, sondern auch hinsichtlich der Vindication, falls mit dieser etwa die vom Vater dolose vernichtete Sache, die er also dolo malo desiit possidere, gefordert werden sollte; denn auch hier hafteten die Erben nur bis zum Belauf der Bereicherung[l]). Durch positive Beschädigungen der Sache werden die Erben selten bereichert sein.

Neben der seither besprochenen großen Verschiedenheit zwischen dem Recht des Vaters an den Adventitien und dem regulären Usufruct unterscheidet sich diese noch weiter dadurch, daß der Vater alle Klagen zum Schutze der Sache, nicht etwa bloß, soweit sie einem Usufructuar zuzustehen pflegen, oder so weit er als Stellvertreter des Sohnes handeln kann, sondern aus eigenem Namen und, als ob er Eigenthümer sei, erheben kann; denn die Vorschrift Constantins, welcher noch dem Gesichtspunkt, als ob der Vater nur den Usufruct habe, durchaus fern stand, und der daher mit Recht

k) Man führt für den angeblichen Unterschied zwischen der Stellung des Vaters gegenüber den **bona materna**, mit denen man auch die **bona materni generis** und **nuptialia** gleichstellt, und der gegenüber den erst von Justinian mit Adventitienqualität versehenen Sachen auch die Fassung der **l. 6 § 2 cit.** an, indem der Kaiser zuerst sage, daß bei dieser neuen Art „**in successione quidem**“ ganz dasselbe Recht herrschen solle, wie bei den **res maternae** und **nuptiales** und dann fortfährt: **non autem hypothecam filii sperare audeant, nec ratiocinia ei super administratione inferre etc.** Allein bei der oft so unjuristischen Fassung justinianeischer Gesetze ist das „**autem**“ doch wohl genügend dadurch erklärt, daß zu Gunsten der Erstern der Genannten ein Pfandrecht für den Sohn vorkam, und Justinian dieses nicht auch hier zulassen wollte. Daß daneben noch durch das Verbot, Rechnungsablage zu fordern, ein großer Gegensatz zwischen den beiden Verhältnissen geschaffen werde, können wir um dieses **autem** willen allein nicht annehmen, da sich, wie gesagt, kein Rechtsgrund auffinden läßt, der dem Vater hinsichtlich der **bona materna** zur Rechnungsablage verpflichten soll.

l) **L. 52 de rei vind. 6, 1.**

verfügen konnte: litem inferentibus resistere atque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium ei adquisitum fuisset, ist für die bona materna unverändert in den justinianeischen Codex troß der sonstigen eingreifenden Emendation jener Constitution aufgenommen worden; und da nun bei Einführung der neuen Arten der Adventitien, die sich doch immer an jene alten Arten anlehnen sollten, keinerlei Beschränkung in dieser Hinsicht vorgeschrieben ist, vielmehr dem Vater die plenissima potestas gubernandi zugesprochen wird, so muß man auch hier ein unbeschränktes Klagrecht des Vaters annehmen[m]). Die Kosten der von ihm angestellten Klagen muß er aber aus eigenen Mitteln bestreiten und ohne deßhalb später ein Retentionsrecht an den Adventitien üben zu dürfen[n]), wie er denn wohl überhaupt für alle auf dieselben gemachten Verwendungen keinen Ersatz fordern kann, und ohne daß man dabei, wie sonst beim Ususfruct, zwischen den regelmäßig erforderlichen und den außerordentlichen Verwendungen scheiden darf. Denn sonst würde jede solche außerordentliche Verwendung, da das Hauskind ja regelmäßig kein weiteres Vermögen hat, aus der es dermaleinst den Ersatz leisten kann, zu einer partiellen oder gar gänzlichen Veräußerung der Adventitien führen, und diese soll durchaus vermieden werden. Da aber dies leicht dahin führen würde, daß durch Unterlassen außerordentlicher Verwendungen die Sache zu Grunde ginge und dann dem Hauskind doch entzogen würde, so hat das Recht gestattet, solche Sachen, welche nur zur Last sind, ohne große Reparaturen keinen

---

m) Eine entgegengesetzte Ansicht, wonach der Vater den Consens des Sohnes nachweisen muß, baut man darauf, daß in l. 8 § 2 C. de bon. quae liber. dieser Consens zu klagen auf Grund einer an den Sohn gefallenen Erbschaft verlangt wird. Wie aber hier der Gesichtspunkt leitend gewesen zu sein scheint, daß die Erbschaftsklage nur die Realisirung des Erwerbs bildet, also gewissermaßen noch selbst zum Erwerb der Erbschaft gehört, der natürlich nicht ohne den Sohn vor sich gehen konnte, ist von Marezoll a. a. O. S. 372 nachgewiesen.

n) L. 8 § 3 C. de bonis quae liberis 6, 61. — sumtibus videlicet a patre, propter rerum incrementa, faciendis. Quum enim nuda proprietas in filiofamilias inveniatur, ex qua substantia possibile est, eum suntus litis dependere.

Nutzen gewähren oder sich nicht halten können, durch Veräußerung in Geld zu verwandeln, so daß dies nunmehr den Charakter der Adventitien annimmt[o]). Nur muß die Veräußerung dann vom Vater filii nomine geschehen[p]). Auf diese Weise wird dem Vater sein eigenes Interesse rathen, wenn er kein Geld in die unbrauchbar werdenden Sachen des Sohns stecken mag, sie rechtzeitig zu veräußern, um wenigstens das dafür empfangene Geld benutzen zu können. Nur muß er dem Käufer gegenüber dafür einstehen, das der Verkauf wirklich auch im Interesse des Hauskindes war, indem dieser ihn sonst wird anfechten können.

Es wird uns hier zuweit in das Gebiet des Familienrechts und damit zu weit von unsern Zwecken abführen, wenn wir dieses nur usufructartige Recht des Vaters an den Adventitien in allen seinen Beziehungen verfolgen wollen, und wir müssen uns damit begnügen, die von Andern gefundenen Resultate kurz wiederzugeben, wobei wir auf die schon mehrfach citirte Abhandlung von Marezoll und eine andere desselben Verfassers über die Dauer des väterlichen Rechts an den Adventitien in derselben Zeitschrift Bd. 13 (1839) S. 169—237 verweisen können, welche in gründlichster Weise diese Lehre behandelt haben. Darnach erlöscht das Recht des Vaters nicht nur mit seinem Tode oder seiner capitis deminutio media und maxima, sondern auch sobald der Sohn sui iuris wird; nur das jener sich, wenn er freiwillig emancipirt hatte, früher ein Dritttheil der Adventitiensachen als praemium emancipationis zu vollem Eigenthum, seit Justinian die Hälfte zur Fortsetzung des seitherigen usufructuarischen Rechts vorbehalten konnte. Seit der Nov. 118 erlöscht das Recht des Vaters auch dann, wenn das Hauskind stirbt, und er dessen Erbschaft mit andern Ascendenten oder Geschwistern antritt. Giebt er das Hauskind dagegen in Adoption, so verbleibt ihm der Usufruct, wenn er ihn nicht ausdrücklich aufgiebt, und ebenso, wenn dasselbe stirbt und nicht vom Vater beerbt wird, und zwar verändert das Recht dadurch, daß dann das Eigenthum nicht mehr beim eigenen Hauskinde, sondern bei extranei ist, durchaus nicht seinen Charakter,

---

o) L. 8 § 5 C. daselbst.

p) L. 8 § 4 und § 5 C. daselbst.

sondern der Vater ist nach wie vor von jeder Cautionspflicht frei und hat darum noch immer die unbeschränktesten Administrationsbefugnisse.

Wenn der Vater, während seine Gewalt über das Kind noch fortdauert, diesem die Verwaltung und Benutzung überläßt, so kann darin nicht ein bindender Verzicht auf sein Recht gesehen werden, sondern er verleiht damit nur ein ihm zustehendes Vermögensrecht dem Sohne zum peculium profectitium, und kann dasselbe wie jeden andern Theil dieses Peculiums wieder an sich heranziehen. Doch wenn er dem Hauskinde die Veräußerung der Sache gestattet[q]), wird mit der geschehenen Veräußerung sein Ususfruct untergehen; dagegen wird er aber das gelößte Geld dem Kinde wieder abnehmen können, und dieses dann die Adventitienqualität annehmen. Hinsichtlich der Frage, ob der Vater sein usufructuarisches Recht als solches veräußern könne, muß ich von Marezoll [Bd. 8 S. 410] wesentlich abweisen. Dieser sagt, er könne nicht nur sein Recht so wenig veräußern, wie irgend ein andrer Usufructuar, sondern dürfe auch die Ausübung nicht auf Andere übertragen, da es bei dem ganzen Institut, welches den Usufructuar von der Cautionspflicht entbinde, wesentlich sei, daß sich Vater und Kind gegenüber ständen, bei denen das Pietätsverhältniß schon so mächtig sei. Allein Marezoll muß [S. 405] zugestehen, daß wenn der Vater doch die Sache veräußert, das Hauskind erst nach aufgelößter potestas und also erst, nachdem der Ususfruct des Vaters erloschen ist, diese Veräußerung revociren kann[r]), und da auch der Vater den von ihm selbst vorgenommenen Veräußerungsact nicht wieder anfechten kann, so hat der Erwerber die Sache für die Dauer des Ususfructs in derselben Weise, wie der Vater, d. h. er ist nur für positive Beschädigungen verantwortlich, und es ist nicht abzusehen, wenn dieser Erfolg durch die unerlaubte Veräußerung der ganzen Sache erreicht werden kann, warum der Vater nicht auch durch Veräußerung seines Ususfructs allein dasselbe direct zu erreichen vermag.

---

q) Daß er das kann, erhellt aus l. 8 § 5 C. de bonis quae liberis 6, 61.

r) L. 1 und 2 C. de bon. mat. 6, 60; l. 4, l. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6, 61.

2) Einen gesetzlichen Usufruct hat jeder überlebende Ehegatte, welcher zur zweiten Ehe schreitet und Kinder aus der ersten Ehe hat, an den vom verstorbenen Ehegatten durch Testament, Schenkung oder Ehepacten, oder von einem Kinde aus der früheren Ehe durch Intestaterbfolge erworbenen Sachen [den sogen. lucra nuptialia], welche dem Eigenthume nach an die Kinder erster Ehe und, sollten diese sterben, an ihre, sie beerbenden Descendenten fallen[s]), vorausgesetzt daß die Kinder sich dessen nicht durch Undankbarkeit gegen einen der Eltern unwürdig gemacht haben, wo ihr Theil den andern Kindern, oder falls keine vorhanden sind, den übrigen Erben des Verstorbenen zufällt[t]). Die Entwicklungsgeschichte dieses gesetzlichen Usufructs ist dieselbe, wie die des Usufructs an den Adventitien. Während in den ersten Constitutionen, die ein Vorrecht der Kinder erster Ehe an den lucra nuptialia zunächst bei der Wiederverheirathung der Mutter schufen[u]), nur der Gesichtspunkt festgehalten wird, daß dem coniux binubus die Möglichkeit entzogen werden soll, die Sachen zu veräußern, und die Kinder erster Ehe allein darin succediren sollen, ja Theodos und Valentinian, die auch für den Fall der zweiten Ehe des Vaters den Kindern erster Ehe gleiches Vorrecht an seinen lucra nuptialia gewähren, den Eltern in der Art noch ein Wahlrecht unter den mehreren Kindern zugestehen, daß es von ihrer Entscheidung abhängt, wer nach ihrem Tode die Sache erhalten soll[v]), so kommt doch auch hier allmälig der Gesichtspunkt des Usufructs auf, und schon Theodos und Valentinian sagen in der eben citirten Constitution: dominium autem rerum ad liberos pertinere decernimus, und diesen Gesichtspunkt hält Justinian überall fest, wie er denn auch das eben erwähnte ius electionis der Eltern beseitigt[w]). Daß auch von ihm bestätigte Recht derselben, undankbaren Kindern die Sache ganz zu entziehen[x]), verträgt sich freilich schlecht genug mit

---

s) L. 7 C. de secund. nupt. 5, 9.

t) Nov. 22 c. 6 und c. 21.

u) L. 3 und l. 4 C. de secund. nuptiis 5, 9.

v) L. 5 C. daselbst.

w) Nov. 2 und 22.

x) Nov. 22 c. 26 § 1.

der Auffassung, als hätten die Eltern nur den Usufruct; denn jetzt verfügt der Usufructuar über das Eigenthum. Bei dieser Geschichte des Instituts ergiebt sich von selbst, daß, wenn nicht ein ausdrückliches Gesetz gegeben ist, welches den Eltern die Verpflichtung auferlegt, die usufructuarische Caution zu bestellen, aus dem bloßen Namen solche nicht abgeleitet werden kann, sondern die Analogie der Adventitien entscheiden muß; außerdem weißt aber auch Justinian noch ausdrücklich den Kindern eine gleiche Stellung gegenüber den lucra nuptialia an, als wie sie die Hauskinder hinsichtlich der Adventitien haben, indem er in l. 8 § 5 C. de sec. nuptiis von Beiden sagt, sie sollen nicht die Administration des Vaters oder der Mutter stören, oder darüber mit diesen zu processiren wagen. Dem gemäß muß auch eine Vorschrift beurtheilt werden, welche zuerst von Leo und Anthemius gegeben und von Justinian ausgebildet und modificirt wird, und in Folge deren die mater binuba die beweglichen Sachen nur behält, wenn diese vorher durch Schiedsrichter geschätzt sind, und wenn sie sich durch genügende Bürgen zur Rückerstattung des Werthes verpflichtet[y]). Das ihr früher gestattete Wahlrecht, ob sie statt dessen vier Procent des Werths jedes Jahr von den Kindern beziehen will, hat Justinian auf den Fall beschränkt, wo der Mann vermögend war und sich viel an solchen beweglichen Sachen, wie sie die Mutter beanspruchen kann, in seinem Nachlaß findet. Durch diese Vorschrift wird der Usufruct der Mutter an beweglichen Sachen zu einem Quasiusufruct [siehe § 58] verwandelt, und ist demgemäß zu beurtheilen. Aber auszudehnen ist diese Cautionspflicht nicht, wie sie schon bei unbeweglichen Sachen in jenen Stellen nicht angenommen und auch nur der Mutter nicht dem Vater gegenüber anerkannt wird; bei diesem entstände ja ohnehin wieder meisten Theils die Schwierigkeit, daß ein Vater mit seinem Hauskinde Stipulationen abschließen müßte. Hiervon abgesehen werden durchaus die für den Usufruct an den Adventitien aufgestellten Regeln überall maßgebend sein müssen.

3) Fällt einem Manne beim Tode der Frau die dos oder einer Frau beim Tode ihres Mannes die donatio propter nuptias zu, so

y) L. 6 § 1 C. de sec. nupt. 5, 9; nov. 2 c. 4; nov. 22 c. 45.

sollen Beide, falls sie Kinder aus der betreffenden Ehe haben, mit diesen allen das Eigenthum der erhaltenen Sachen zu gleichen Theilen theilen, dagegen den Ususfruct an der ganzen dos oder donatio propter nuptias für sich allein haben[z]). Wie Justinian sich diesen erst von ihm geschaffenen Ususfruct gedacht hat, hat er nicht ausdrücklich angegeben, doch bringt er ihn in die nächste Verbindung mit dem Ususfruct an den lucra nuptialia im Falle der zweiten Ehe, und so werden die da aufgefundenen Regeln auch hier analog zur Anwendung zu bringen sein, so daß sich auch dieser Ususfruct weit vom regelmäßigen Ususfruct entfernt

4) Wird eine Ehe geschieden, und erhält der unschuldige Theil aus dem Vermögen des andern Theils in Folge davon etwas, so soll das Eigenthum daran alsbald den Kindern aus dieser Ehe zufallen und den geschiedenen Gatten nur der Ususfruct bleiben[aa]). Die unmittelbare Verbindung in der Justinian in der nov. 28 dies Verhältniß im Zusammenhang mit dem unter 3 von uns besprochenen bringt, sowie der Umstand, daß sich auch hier Vater und Hauskinder als Usufructuar und Eigenthümer häufig gegenüberstehen werden, läßt darauf schließen, daß auch hier von den Eltern keine Caution bestellt zu werden braucht.

5) Die arme Wittwe, welche aus dem Nachlaß ihres reichen Mannes ab intestato ein Viertheil oder eine Virilportion erhält, soll daran, wenn sie mit eigenen Kindern concurrirt, nur den Ususfruct, die Kinder aber das Eigenthum haben[bb]). Auch diese Schöpfung Justinians wird nicht als ein regelmäßiger Ususfruct aufgefaßt werden dürfen, wenn gleich hier der zuletzt unter 4 geltend gemachte Grund nicht anwendbar ist. Allein Justinian beruft sich in der Nov. 117, wo er jenes Erbrecht anordnet, auf zwei andere Novellen, die schon denselben Zweck, nämlich Sicherung der undotirten Frau eines reichen Mannes gegen Armuth, im Auge hätten, und die er nur ergänzen und besser gestalten (κάλλιον διατυποῦντες) wolle. In diesen (Nov. 22 c. 18; Nov. 53 c. 6) wird aber zunächst ge-

z) Nov. 98 c. 1 und nov. 127 c. 3.

aa) L. 8 § 7 C. de repud. 5, 17; nov. 28 c. 2.

bb) Nov. 117 c. 5.

sagt, wenn die arme Frau von ihrem reichen Manne verstoßen werde, solle sie einen Theil seines Vermögens haben, an dem sie daher, wenn Kinder da sind, den Usufruct in der unter 4 besprochenen Weise erhält und also nur hinsichtlich der beweglichen Sachen Caution wegen Erstattung des Werths leistet. Dann erst verfügt er, eben so, wie wenn sie verstoßen sei, soll sie auch nach dem Tode des Mannes die betreffende Quote erhalten und also auch ohne Leistung einer eigentlichen cautio usufructuaria, und Justinians Stillschweigen hierüber in der Nov. 117 beweißt, daß er hierin nichts hat ändern wollen.

Anhang.

§ 58.

Der Quasiususfruct.

Das Institut des Quasiususfructs liegt seinem innern Bau nach außer dem Bereiche des Servitutenrechts. Denn selbst soweit dasselbe an körperlichen Sachen bestellt ist, und soweit daher allein von einer Verwandtschaft mit den Servituten die Rede sein könnte, fehlt ihm die wesentlichste Eigenschaft jeder Servitut — er verleiht nicht irgend ein unmittelbares dingliches Recht an der fremden Sache, sondern er gewährt statt dessen völliges Eigenthum und hat nur für den, welcher solches auf Grund eines Quasiususfructs erwirbt, die Verpflichtung im Gefolge, Caution wegen künftiger Rückgabe einer gleichen Quantität derselben Sachen zu bestellen. Die enge Verwandtschaft, welche sich schon darin zwischen diesem Institut und dem durch Eigenthumsübertragung abgeschlossenen und unmittelbar zur Rückgabe verpflichtenden Darlehnscontrakt zeigt, weißt schon darauf hin, wie der Quasiususfruct seiner Structur nach eher einen Platz im Obligationenrechte, als unter den Servituten hätte finden müssen. Wenn aber gleichwohl die römische Jurisprudenz, die sonst für ihr System aus den Klagen, mit welchen die einzelnen Institute geschützt sind, den Eintheilungsgrund zu entnehmen pflegt, hier vergißt, daß

der confessorischen Klage keinerlei Function beim Quasiususfruct angewiesen ist und denselben in Verbindung mit dem regulären Ususfruct behandelt hat[a]), und wenn in gleicher Weise unsere heutigen Systematiker verfahren, die sonst so strenge den innern Bau der Rechtsverhältnisse untersuchen und lediglich darnach die Stellung des einzelnen Instituts im Rechtssystem zu bestimmen pflegen, so liegt der Grund darin, daß der Quasiususfruct von Anfang an nur dazu dienen sollte, ein dem Ususfruct möglichst ähnliches Verhältniß zu schaffen, wo dieser selbst der Natur der fraglichen Sachen, als rei consumtibiles, wegen durchaus unanwendbar war, und daß er dafür seine eigenthümliche Gestalt nur durch analoge Anwendung der für den wahren Ususfruct gegebenen Regeln erhalten hat und nur an der Hand der letztern verstanden werden kann.

Der Ursprung des Quasiususfructs ist auf die Gesetzgebung zurückzuführen. Ein Senatusconsult, welches schon die Juristen Sabinus und Nerva, die unter Tiberius leben[b]), kennen und interpretiren[c]), hat nach Ulpians Bericht in l. 1 de usufr. earum rerum den Rechtssatz aufgestellt:

> ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio[d]) esse constaret, ususfructus legari possit[e]).

---

a) § 2 J. de usufr. II, 3; tit. de usufr. earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5.

b) L. 2 § 47 de orig. iuris 1, 2.

c) L. 3, l. 5 § 1 de usufr. earum rerum 8, 5.

d) Nach der § 26 S. 224 bereits besprochenen l. 1 de usufr. legato 33, 2 des Paulus scheint der Wortlaut des Senatusconsults anders gewesen zu sein, indem dort ein so besonderer Nachdruck auf das „ut omnium, quae in *bonis* sint“ etc. gelegt wird, daß dieser Ausdruck wahrscheinlich darin vorgekommen sein muß.

e) Die Entstehungszeit dieses Senatusconsults setzt man gewöhnlich unter Tiberius, was freilich dadurch allein nicht bewiesen werden kann, daß uns nur von Juristen aus seiner Zeit berichtet wird, welche dasselbe kannten, indem wir ja ohnehin nur so wenige Ueberreste der Schriften älterer Juristen haben, daß aus deren Schweigen über ein Institut nicht gefolgert werden kann, sie hätten dasselbe nicht gekannt, und indem ferner nur ganz zufällig bei Besprechung einer einzelnen in Folge jenes Senatusconsults entstandenen Rechtsfrage die Namen von Sabinus und Nerva genannt werden. Wenn aber auch

und dieser Satz hatte alsbald den Quasiususfruct im Gefolge, ohne daß es nöthig war, daß er ausdrücklich darin erwähnt wurde, und ohne daß wir deßhalb auch mit Gerhardt Nodt [de usufr. lib. I. c. 20] ein eignes zweites Capitel mit derartigem Inhalt zu construiren brauchen oder auch nur, da nirgends eine Spur darauf hinweißt, eigenmächtig construiren dürfen. Denn da es vielmehr in Betreff aller der Sachen, an denen ein wahrer voller Ususfruct möglich ist, keinerlei legislatorische Thätigkeit bedurfte, sondern an diesen schon seit langer Zeit ein Ususfruct errichtet wurde, so hatte jenes Senatusconsult neben den nomina und den sonstigen im Vermögen enthaltenen Rechten vor Allem die Sachen im Auge, welche mit dem ihrem regelmäßigen Zweck entsprechenden Gebrauch alsbald untergehen, so daß eine zeitweilige Ueberlassung eines derartigen Gebrauchs undenkbar ist, und an welchen daher seither ein unbeschränkter Ususfruct, der zu einem solchen Gebrauch ermächtigen würde, nicht bestellt werden konnte. Wie das Senatusconsult aber an diesen auch nur das Verhältniß, welches wir als Quasiususfruct bezeichnen, nicht einen wahren Ususfruct herstellen konnte, legt Gaius in l. 2 § 1 de usufr. earum rerum in treffender Weise dar. Dort heißt es:

> Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari poterit) sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi [f]).

G. F. Puchta [kleine civilistische Schriften S. 214] mit Recht nachweist, wie man aus Ciceros Topic c. 3 nicht folgern könne, daß dies Senatusconsult noch nicht existirte; als Cicero jene Stelle schrieb, so ist es doch kaum wahrscheinlich, daß ihm ein Alter beizulegen ist, welches über die Kaiserzeit hinausgeht. Denn gegen solche Annahme spricht namentlich der Umstand, daß die klassische Jurisprudenz sich so vielfach direct auf das Senatusconsult beruft, und dasselbe also noch als ein äußeres Factum in regem Bewußtsein tragen mußte, wie es schwerlich der Fall gewesen sein würde, wenn dasselbe einer lange vergangenen Zeit angehört hätte.

f) Aehnlich sagt Justinian in § 2 J. de usufr. II, 4: Nam haec res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum.... Ergo Senatus non fecit earum rerum usumfructum — nec enim poterat — sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

Hier wird also der Grund für die Möglichkeit des Quasiusufructs in einem „remedium“ gesucht, ohne daß jedoch gesagt wird, worin es besteht, und ob das Senatusconsult selbst dasselbe schon eingeführt hat. Dies erfahren wir aber aus andern Stellen, indem nicht nur die Institutionen [§ 2 de usufr. II, 4] sagen:

> Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur.

sondern indem auch anderswo von einer cautio ex senatusconsulto[g]), oder von einer cautio oblata secundum formam senatusconsulti[h]) die Rede ist, so daß also dort eine eigenthümliche Caution mit besonderer Form vorgeschrieben sein mußte, in welcher wir mit Recht das „remedium“ des Gaius erkennen können.

Das Charakteristische des wahren Usufructs nämlich, die zeitweilige Ueberlassung der Vortheile des Eigenthums, ist nicht möglich, wo die Ausbeutung dieser Vortheile alsbald zu einer gänzlichen Vernichtung der Sache führt, und also eine Rückgabe derselben unmöglich wird. Weil aber diese res consumtibiles fast durchgängig die Natur der res fungibiles haben, d. h. so beschaffen sind, daß die einzelnen Species derselben jeder andern ihrer rechtlichen Bedeutung nach völlig gleich ist und daher, ohne daß ein wahres Intresse verletzt wird, durch diese ersetzt werden kann, so hat das Senatusconsult den Ausweg gefunden, daß es im Falle des Usufructs an verbrauchbaren Sachen nicht die Restitution der hingegebenen Sachen verlangt, — denn dann würden diese ja vom Usufructuar gar nicht benutzt werden können, — sondern nur Restitution von tantundem eiusdem generis, und um dies zu erreichen, hat es die usufructuarische Caution entsprechend umgeformt. Eine Nutzungsberechtigung ohne Ende und Beschränkung, wie sie nunmehr dem Quasiusufructuar gegenüber den ihm übergebenen individuellen Sachen zusteht, kann nicht mehr als eine Servitut an diesen Sachen aufgefaßt werden, sondern ist zu völligem Eigenthum geworden[i]). Daraus folgt aber

---

g) L. 24 de usufr. leg. 33, 2; vgl. l. 11 de usufr. earum rer. 7, 5.
h) L. 1 C. de usufr. 3, 33.
i) L. 7 de usufr. earum rer. 7, 5. In l. 6 ut in possess. legator.

weiter, daß, während beim wahren Usufruct die Caution zwar auch dazu dient, um den Rückfall der Sache an den Eigenthümer zur Geltung zu bringen und denselben vortheilhafter und sicherer zu machen, aber doch keineswegs das einzige Mittel dafür ist, sondern durch die Eigenthumsklagen unterstützt wird, hier dagegen, wo das Eigenthum auf den Quasiusufructuar übergegangen ist, nur mittelst der Caution der Anspruch auf den Rückfall in Kraft gesetzt werden kann. Deßhalb wird der ausdrückliche Verzicht auf die Caution hier dem Verhältniß ganz den Charakter eines Quasiusufructs haben nehmen können, und wenn nicht aus den concreten Verhältnissen ein Rechtsgrund entnommen werden konnte, auf den sich eine Rückforderungsklage stützen ließ, so wird aus dem pactum nudum, welches in dem Errichtungsgeschäft lag, nur eine naturale Obligation auf Zurückgabe abgeleitet worden sein können. Eine Ausnahme machte nur der auf unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift beruhende Quasiusufruct. Denn hier tritt an die Stelle der Stipulation jenes Gesetz, welches die Rückgabe vorschreibt, und daher bedarf der Sohn keiner actio ex stipulatu, um den Betrag der Adventitien von den Erben des Vaters beizutreiben, sondern er kann sich dazu einer condictio ex lege bedienen. Wenn von der Mutter, wo diese einen gesetzlichen Quasiusufruct hat, nach den Erörterungen des vorigen Paragraphen Caution verlangt wird, so geschieht es mehr, um den Kindern reale Sicherheit zu geben, als daß dadurch erst eine Klage geschaffen werden soll, und deßhalb wird in den betreffenden Stellen auch nicht sowohl der Ausdruck „cautio“ als vielmehr der „fideiussio“ gebraucht. Dies ganze Verhältniß haben sich viele Schriftsteller nicht klar machen können und deßhalb entweder jene Vorschriften über die Entstehung eines Usufructs durch Gesetz auf die res, quae usu consumuntur, nicht zulassen wollen, trotzdem daß dann z. B. die Bestimmungen, welche einen gesetzlichen Usufruct an Vermögensquoten schaffen, fast

---

36, 4 stellt Julian allerdings ususfructus und proprietas pecuniae einander gegenüber, aber der Zusammenhang zeigt, daß er damit nur unterscheiden will, ob das Geld so legirt sei, daß die usufructuarische Caution bestellt werden müsse, oder nicht, daß er aber keineswegs dem Gelde gegenüber ein anderes dingliches Recht anerkennen will, als das Eigenthum.

unverständlich werden und außerdem die Gesetze gradezu einen gesetzlichen Usufruct an einem Kaufpreis, also an einer Geldsumme, anerkennen[k]), oder sie haben wieder gegen den klaren Sinn der Gesetze überall eine cautio quasi usufructuaria zulassen zu müssen geglaubt[l]).

Es liegt also ein doppeltes Moment in jeder Bestellung eines Quasiusufructs; einmal bewirkt sie den Uebergang von Eigenthum, sodann legt sie dem Erwerber eine Verpflichtung zu einem positiven Thun, zur Cautionsleistung auf, und diese beiden Momente müssen berücksichtigt werden, wenn wir die Regeln über die Art und Weise, wie der Quasiusufruct zu constituiren ist, auffinden wollen, welche uns in den Quellen nicht im Einzelnen überliefert werden.

Daraus freilich, daß in allen dort entschiedenen Fällen vorausgesetzt wird, der Quasiusufruct sei in Folge letztwilliger Verfügung entstanden, und daß auch das oft erwähnte Senatusconsult nur verfügte, der Usufruct könne an allen Arten von Sachen legirt werden[m]), hat man mitunter den Satz ableiten wollen: der Quasiusufruct könne nur durch letztwillige Verfügung errichtet werden — allein, wie auch jetzt allgemein angenommen wird, mit Unrecht. Denn das Gegentheil erhellt schon daraus, daß auch in den Fällen, welche in den Quellen entschieden werden, die testamentarische Disposition nicht immer alsbald den Quasiusufruct erzeugt, sondern mitunter nur eine Obligation zur Errichtung desselben, so daß diese letztere immer erst durch Geschäfte unter Lebenden vor sich geht. So verhält es sich namentlich in den Fällen, wo der Usufruct an einer Quantität fungibler Sachen z. B. an einer Geldsumme vermacht ist, ohne daß einige Geldstücke des Testators als das Object des Legats

---

k) L. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6, 61.

l) Die Litteraturnachweisungen siehe Marezoll, Gießer Zeitschrift Bd. 8 S. 261 f. und S. 363.

m) L. 1, l. 2, l. 5 de usufr. earum rerum 7, 5. In den Institutionen [§ 2 de usufr. II, 4] wird der Inhalt freilich allgemeiner dahin angegeben „posse usufructum *constitui*", aber der darauf folgende Zusatz „ut tamen eo nomine utiliter *heredi* caveatur", beweißt schon, daß auch hier nur an eine Errichtung durch letztwillige Verfügung gedacht wurde, da der, welcher die Caution fordern soll, als heres bezeichnet wird.

individuell bezeichnet sind[n]); in solchem Falle kann natürlich nicht alsbald eine unmittelbare dingliche Klage zur Geltendmachung des Quasiususfructs angestellt werden, sondern der Legatar wird nur auf Grund des Testaments vom Erben die Beschaffung und Auszahlung der Summe mit einer persönlichen Klage fordern können und erst mit dieser Auszahlung wird der Quasiususfruct constituirt sein. Daß die Dispositionen, welche man über seine Sache treffen kann, wenn sie durch ein Testament vorgeschrieben sind, nicht auch aus freien Stücken vorgenommen werden können, das wäre eine Anomalie im Rechte, die ohne Gleichen wäre.

Was nun die einzelnen zur Errichtung eines Quasiususfructs geeigneten Geschäfte anbetrifft, so gehört dahin zunächst, wie schon aus dem Obigen hervorgeht und durch viele Quellenzeugnisse bewiesen wird, die letztwillige Verfügung, welche aber über eine eigene individuell bestimmte Sache des Testators geschehen muß, wenn sie unmittelbar den Quasiususfruct erzeugen soll[o]). Wenn Geschäfte unter Lebenden, sei es auf Grund testamentarischer Anordnungen oder in Folge freiwilligen Uebereinkommens der Parteien denselben herstellen sollen, so wird es nach der einen Seite hin niemals, wie beim wahren Ususfruct, der in iure cessio bedurft haben, und dagegen genügt nach der andern Seite hin jetzt auch nicht, wie bei jenem, der bloße Vertrag, sondern es muß die Tradition der quasiususfructuarischen Sache hinzutreten, welche aus dem auf den Quasi-

---

n) Wie z. B. in l. 6, l. 8 de usufr. earum rerum 7, 5.

o) Bis zur Cautionsleistung ist freilich auch in diesem Falle die Befugniß des Quasiususfructuars suspendirt, und bis dahin steht dem Cautionsberechtigten die fragliche Sache zu; aber die Cautionsleistung genügt doch, um das Eigenthum des Quasiususfructuars in volle Kraft zu setzen. Durch die Suspension des ususfructuarischen Rechts bis zur Cautionsleistung erklärt es sich, daß z. B. in dem Fall der l. 1 § 17 ut legator., wo an individuell bezeichneten Münzen dem Einen der Quasiususfruct, dem Andern das Eigenthum unbeschränkt legirt war, doch der Letztere alsbald vom Erben, wenn er diesen dafür cavirt hat, daß er die Anforderung des Quasiususfructuars befriedigen will, die ganze Summe vindiciren kann, während doch der Quasiususfruct sein Eigenthum wenigstens für die Hälfte aufhebt [vgl. l. 19 de usu leg. 33, 2; siehe unten § 65].

usufruct gerichteten Willen der Parteien einen genügenden Rechtstitel entnimmt. Daneben bedarf es jedoch keines Actes, um die Verpflichtung des Empfängers zur Cautionsleistung zu erzeugen, indem sie schon durch das Hingeben und Empfangen der Sache entsteht. Denn da dieses nur unter der beiderseitigen Voraussetzung geschieht, daß der Empfänger als Gegenleistung die Caution bestelle, welche dem ganzen Verhältniß erst den Charakter des beabsichtigten Quasiusufructs verleiht, so liegt darin ein „dare, ut facias" und kann als die einseitige Erfüllung eines Innominatcontracts aufgefaßt werden, welche dem Leistenden eine Klage auf die Gegenleistung verschafft.

Außerdem entsteht der Quasiusufruct in gleicher Weise, wie der wahre Ususfruct, durch gesetzliche Vorschrift, indem die betreffenden Gesetze überall von Anfang an ebenso für verbrauchbare, als für unverbrauchbare Sachen gegeben sind[p]). Ferner kann er durch Eid in einem gerichtlichen Verfahren, und was dem gleich steht, durch rechtskräftiges Urtheil hervorgerufen werden, da beides sowohl zum Eigenthumserwerb als zur Erzeugung der Cautionspflicht geeignet sein kann[q]). Dagegen kann derselbe nicht auf dem Wege der Acquisitivverjährung entstehen, da ja, wenn auch das Eigenthum an den verbrauchbaren Sachen ersessen werden kann, doch nicht eine Verpflichtung durch Verjährung entstehen kann. Hat jemand daher eine verbrauchbare Sache in geeigneter Weise die für die Eigenthumsersitzung nöthige Zeit hindurch auf Grund eines angeblichen Quasiusufructs daran besessen, so hat er unwiderrufliches Eigenthum ersessen, und eine Restitutionspflicht wird ihm so wenig obliegen, wie gegen den, welcher eine Sache etwa auf Grund eines angeblichen Tausches ersessen hat, und noch die Gegenleistung zu schulden glaubt, schon deßhalb ein Anspruch auf diese Gegenleistung erhoben werden kann. Ist ein wahrer Ususfruct durch Verjährung entstanden, so haben wir allerdings für den Usufructuar oben [§ 56 S. 559] die Verpflichtung zur Cautionsleistung anerkennen müssen, aber nur weil der Prätor diese mit jedem wahren Ususfruct verbunden hat. Mit jedem Eigenthum an verbrauchbaren Sachen — und das ist durch die Ersitzung

p) Vgl. oben S. 582.

q) L. 11 § 2 de iure iurando 12, 2.

erworben — kann aber keine derartige Verpflichtung verbunden sein, und der bloße Glaube des Eigenthümers, verpflichtet zu sein, kann dieselbe nicht erzeugen.

Gehen wir dann zu der Frage über, in welcher Weise der Quasiusufructuar zur Leistung der ihm obliegenden Caution genöthigt werden kann, so begegnen wir hier wieder alle den Mitteln, welche beim wahren Usufruct zur Realisirung der Cautionspflicht gegeben sind; indirect wirkt der Satz dahin, daß der Quasiusufructuar nicht eher die Herausgabe der Sache fordern kann, als bis er genügend cavirt hat [r]), — ein Satz, der sich hier nur als die specielle Form der allgemeinen Regel darstellt, daß niemand eher Befriedigung eines Anspruchs von einem Andern erwarten kann, als bis er selbst diesem geleistet hat, was er ihm aus einem connexen Grunde schuldet. Kommt der Quasiusufructuar in den Besitz der fraglichen Sache, so wird der Cautionsberechtigte sie vindiciren können, ohne daß der Quasiusufruct ihm entgegengehalten werden kann; ist die Vindication in solchem Falle dadurch unmöglich geworden, daß die Sache bereits vom Quasiusufructuar consumirt ist (dem die Vermischung des quasiusufructuarischen Geldes mit dem eigenen Gelde gleich steht), so wird mit der condictio sine causa, oder unter Umständen mit der condictio indebiti die Summe zurückgefordert werden können, um welche das Vermögen des Quasiusufructuars durch diesen Verbrauch bereichert ist. Hat ferner der Cautionsberechtigte selbst das Eigenthum an den Quasiusufructuar übertragen, ehe die Caution bestellt wurde, so daß er die Vindication um deßwillen nicht mehr benutzen kann, so kann er eine condictio causa data causa non secuta anstellen auf Rückstattung der einseitig in der Erwartung, daß der Empfänger die Cautio bestellen werde, gemachten Leistung. Gegen die sofortige Anwendbarkeit dieser Condictionen scheint zwar die l. 5 § 1 de usufr. earum rerum zu sprechen, da hier eine Condiction auf das

---

r) Arg. leg. 5 § 1, leg. 8 de usufr. earum rerum 7, 5; arg. leg. 24 de usufr. leg. 33, 2; l. 6 ut in possess. leg. 36, 4; l. 1 C. de usufr. 3, 33. Ulpian berichtet freilich in l. 10 § 1 de usufr. earum rerum, daß Einige der Ansicht gewesen seien, die Caution brauche erst nach Empfang der Sache bestellt zu werden, aber er erklärt auch, daß er diese Ansicht nicht theile.

zum Quasiusufruct gegebene Geld nur für den Fall anerkannt wird, wenn der Quasiusufructuar vorher gestorben ist, und der ganze Zusammenhang scheint darauf hinzudeuten, als ob dies eine nothwendige Voraussetzung sei, und bis dahin nur die Caution condicirt werden könne. Allein diese Stelle setzt voraus, daß der Quasiusufruct in Folge eines Legats bestellt ist, und da muß allerdings, so lange nicht durch Tod oder capitis deminutio des Legatars die Bedenkung ungültig geworden ist, der Legatar die obigen Condictionen durch nachträgliches Anbieten der Caution vereiteln können, indem er dann auf Grund des Testaments einen gültigen Anspruch an die condicirte Sache machen kann. Da nun der Quasiusufructuar wohl immer die Cautionsleistung der sofortigen Rückzahlung vorziehen wird, und demnach, so lange die Zeit für den Quasiusufruct nicht abgelaufen ist, die Condiction des Geldes immer nur eine Veranlassung zur Cautionsleistung werden wird, so konnte Ulpian in der obigen Stelle mit Recht die eigentliche Wirksamkeit der Condictionen des hingegebenen Geldes erst nach Beendigung des Quasiusufructs beginnen lassen. Wo aber die Hingabe nicht auf Grund eines Legats, sondern in Folge freiwilliger Verabredungen und also nur auf Grund eines Innominatcontraktes erfolgt ist, da wird der Cautionsberechtigte, so lange ihm die Caution nicht bestellt ist, sein Reurecht haben geltend machen können, und deßhalb wird dann die condictio causa data causa non secuta nicht mehr durch das nachträgliche Anerbieten, Caution zu stellen, ausgeschlossen worden sein.

Neben diesen indirecten Mitteln zur Erzielung der Cautionsleistung kann direct auf dieselbe nur geklagt werden, wenn, wie wir im § 56 S. 564 bereits ausführten, in dem Hingeben der Sache ohne Caution die Eingehung eines Innominatcontrakts gefunden werden kann. In l. 9 § 4 ad exhibendum 10, 4 und l. 1 § 17 ut legator. 36, 3 wird zwar noch für einen Fall eine actio in factum gegen den Quasiusufructuar gegeben, ohne daß gesagt wird, ob sie auf die Cautionsleistung oder auf die hingegebene Sache geht, — allein alle Umstände möchten auf das Letztere deuten. Die in beiden Stellen (und zwar in letzterer von Marcellus, in ersterer von Ulpian mit Berufung auf Marcellus) gegebene Entscheidung ist folgende: An zehn individuell bezeichneten Münzen war dem A. ein

Quasiususfruct unbedingt, dem B. das Eigenthum bedingt legirt. Der Erbe bezahlt dem Quasiusufructuar alsbald die ganze Summe aus, ohne Caution von ihm zu verlangen; später tritt die Bedingung ein, und das Legat des B. wird damit wirksam. Dieses gewährt ihm einen doppelten Anspruch; vermöge der Interpretationsregel nämlich, daß, wo neben dem Legat des Ususfructs das Legat des unbeschränkten Eigenthums an derselben Sache vermacht ist, beide Legatare hinsichtlich der Nutzungsbefugnisse concurriren, und daher der Ususfruct nur die halbe Sache ergreift[s]), tritt das Eigenthumslegat an der Hälfte jener Summe alsbald in Kraft, und er kann daher die Herausgabe von fünf sofort verlangen; der andern fünf halber aber muß ihm die quasiusufructuarische Caution geleistet werden. Hätte er sich nun alsbald nach der Testamentsöffnung, wie er das ja konnte, vom Erben die cautio legatorum servandorum causa bestellen lassen, so könnte er sich mit seinem ganzen Anspruch an den Erben halten, und dieser könnte dann mit seinen Condictionen das Geld seiner Zeit vom A. zurückfordern. Hat sich aber B. jene Caution nicht bestellen lassen, und kann er mit seiner Eigenthumsklage dem A. gegenüber auch nicht durchlangen, weil dieser die Münzen bereits mit andern vermischt hat, so soll ihm die actio ad exhibendum gegen den Erben zustehen, da dieser durch sein Verschulden es dahin gebracht hat, daß er dem A. gegenüber ohne Hülfe ist; denn indem der Erbe die Sache ohne Caution an den B. gab, gehorchte er nicht etwa der testamentarischen Verfügung, welche den Quasiususfruct schuf, sondern er nahm eine unstatthafte Veräußerung einer bedingt legirten Sache vor und gehört daher zu denen, qui dolo malo desunt possidere. Nach der neuern Entwicklung des Legatenrechts würde er auch noch mit einer persönlichen Legatenklage belangt werden können. Da aber, wo der Erbe ausnahmsweise ganz ohne Schuld ist, indem er z. B. nichts von dem eventuellen Legat des Eigenthums wußte, und wo deßhalb auf seinen dolus oder seine culpa keine Klage gegen ihn gestützt werden kann, da soll dem B, — und das ist der Fall, um dessentwillen wir hier diese Stellen besprechen — gegen den Quasiusufructuar Hülfe gegeben werden und

s) L. 19 de usu leg. 33, 2; siehe unten § 65.

zwar, wie die l. 9 § 4 ad exhib. allein ausdrücklich sagt, mit einer actio in factum.

Ginge diese hier nur ausnahmsweise zugelassene Klage auf Leistung der Caution, so wird man vergebens nach einem Rechtsgrund suchen, der sie von der Frage abhängig macht, ob der Cautionsberechtigte von einem Andern Entschädigung beanspruchen kann, oder nicht, während sich eine solche Abhängigkeit wohl rechtfertigen läßt, wenn sie nur das Geld wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Beklagten auf Kosten des Klägers zurückfordern will. Denn dieser Klaggrund ist da nicht vorhanden, wo der Eigenthumslegatar einem solventen Dritten gegenüber einen klagbaren Anspruch auf volle Entschädigung hat und demnach sein Vermögen dem Erfolg nach durch die Bereicherung des Verklagten gar nicht verkleinert ist. Auf diese Weise läßt es sich durchaus rechtfertigen, daß unsere beiden Juristen eine Klage gegen den Quasiususfructuar erst zulassen, wenn vom Erben keine Entschädigung zu erreichen ist, sobald nur diese Klage auf die Bereicherung und nicht auf die Cautionsleistung geht. Zweifel können dann nur deßhalb entstehen, warum es zur Einforderung der Bereicherung einer eigenen actio in factum bedarf, und warum nicht die gewöhnliche condictio sine causa erhoben werden kann. Allein gegen die unmittelbare Anwendung der letztern mochte der Umstand sprechen, daß die legirten Münzen niemals zum Vermögen des Klägers gehört haben, indem das Eigenthum daran, als sie dem Quasiususfructuar übergeben wurden, dem Erben zustand, wenn gleich es bereits von einer Resolutivbedingung bedroht war; als aber diese eintrat und nun das bedingte Legat so in Kraft treten sollte, als ob es von Anfang an gegolten hätte, existirte das Object nicht mehr, da die individuellen Münzen nicht mehr zu erkennen waren, und so konnten Zweifel entstehen, ob strenge genommen den Voraussetzungen der Condiction genügt werden könne. Da aber nach dem wahren Sinne des Rechts auch hier eine unrechtmäßige Bereicherung vorliegt, welche nach der Billigkeit, wie sie auf diesem Gebiete zur Herrschaft gelangt ist, verhindert werden muß, so zweifelten die Juristen nicht, daß hier doch dem Eigenthumslegatar geholfen werden müsse, und schufen eine actio in factum unmittelbar nach dem Vorbild der condictio sine causa. Diese Auffassung wird auch

noch dadurch unterstützt, daß Javolen in l. 10 de praescript. verb. 19, 4 in einem ähnlichen Fall, wo eine Summe direct an den Quasiusufructuar gekommen war, ohne daß er Caution bestellt hatte, dem Cautionsberechtigten, zu dessen Vermögen jenes Geld noch nicht gehört hatte, eine actio in factum giebt, die, wie hier ausdrücklich gesagt wird, das Geld selbst zurückfordern soll. Demnach glauben wir nachgewiesen zu haben, wie die Schlußsätze der l. 9 § 4 ad exhibend. und der l. 1 § 17 ut legator. unsere obige Behauptung nicht zu alteriren vermögen, wonach nur unter den besondern Voraussetzungen eines Innominatcontrakts eine Klage auf die Leistung der Caution angestellt werden kann.

Während hinsichtlich der Art und Weise, wie die Cautionsbestellung erzwungen wird, völlige Uebereinstimmung zwischen dem wahren und dem Quasiusufruct statt findet, unterscheidet sie sich aber dadurch, daß bei Letzterem mit der einmaligen Leistung der Caution die Cautionslast für immer erloschen ist, und weder den etwaigen Singularsuccessoren des Cautionsberechtigten gegenüber eine neue Caution bestellt zu werden, noch dieselbe von Singularsuccessoren des Quasiusufructuars wiederholt zu werden braucht. Der Grund liegt darin, daß zwischen dem Cautionsberechtigten und dem cautionspflichtigen Usufructuar, wenn einmal der Quasiusufruct constituirt ist, nicht mehr eine Sache in der Weise gemeinsam ist, daß jeder daran gewisse dingliche Rechte hat, die er an Dritte veräußern kann, wo dann die Cautionsberechtigung beziehungsweise die Cautionslast als Accessorium folgt, sondern daß das ganze Band zwischen Beiden nur und allein in der Obligation besteht, die aus der bereits geleisteten Caution hervorgeht, und Dritte daher nur in derselben beschränkten Weise und unter denselben Formen in dies Verhältniß eintreten können, wie in jedes andere Obligationsverhältniß. Wollte daher der Cautionsberechtigte, dessen Stellung mit der des Eigenthümers im wahren Usufruct correspondirt, sein Recht einem Dritten übertragen, so kann er nur sein aus der Caution erworbenes Forderungsrecht cediren, welches auf den Cessionar ganz übergeht, wie es seither bei jenem war, und ohne daß dieser daher vom Quasiusufructuar Bestellung einer neuen Caution, die ihm ein eigenes Recht verschaffte, verlangen kann. Auf der andern Seite beruht die

Rolle des Quasiusufructuars nur auf der übernommenen Verpflichtung und steht durchaus nicht mehr mit der quasiusufructuarischen Sache in Zusammenhang; so daß die Veräußerung diese seine Stellung durchaus nicht ändert. Will ein Anderer die von ihm durch die Caution übernommene Verpflichtung statt seiner übernehmen, so bedarf es der Zustimmung des Cautionsberechtigten, wie bei jeder andern Delegation.

Was die Beendigungsgründe des Quasiusufructs betrifft, so sind sie grade vor Allem das Charakteristische, welches man bei Ausbildung dieses Instituts dem wahren Usufruct nachbilden wollte, und um derentwillen der ganze Quasiusufruct geschaffen wurde. Er endet, d. h. das Rückforderungsrecht des Cautionsberechtigten kann geltend gemacht werden, beim Tode oder bei einer Capitis Deminution des Quasiusufructuars, und ebenso nach Ablauf der Zeit, wenn eine bestimmte Dauer verabredet war. In l. 9 und l. 10 pr. de usufr. earum rerum, sowie in l. 7 § 1 usufructuar. quemadm. caveat. 7, 9 heißt es freilich, daß nur in jenen beiden erstern Fällen der Quasiusufruct erlösche; doch wird der Jurist dort nur den regelmäßigen Fall im Auge gehabt haben, wo der Quasiusufruct ohne alle Nebenbestimmung constituirt ist. Ist eine Zeit verabredet, so ist kein Grund vorhanden, warum diese nicht wie bei allen andern Obligationen eingehalten werden soll. Da der Quasiusufructuar nicht eine bestimmte Species, sondern nur ein oder mehrere Stücke aus einem ganzen Genus schuldet, und der Grundsatz gilt, genus non perit, so sind die Gründe, welche in Folge des Untergangs oder größerer Veränderungen der usufructuarischen Sache den wahren Usufruct aufheben, hier unanwendbar.

Einer eingehenden Besprechung bedarf noch die Frage, wo die Grenzen zwischen dem wahren Usufruct und dem Quasiusufruct liegen. Als erste Grundregel wird man da aufstellen müssen, daß der ausgesprochene Wille der Constituenten an jeder Sache einen Quasiusufruct und an jeder einen wahren Usufruct schaffen kann. Namentlich der letztere Satz scheint zwar in argem Contrast zu stehen mit der im Anfang dieses Paragraphen allegirten l. 2 § 1 de usufr. earum rerum, wonach Gaius einen wahren Usufruct an Geld als unvereinbar mit der naturalis ratio darstellt, so daß

auch die Auctorität des Senats solchen nicht habe schaffen können. Allein wir müssen uns daran erinnern, daß ususfructus vorherrschend die Personalservitut bezeichnet, welche einen unbeschränkten Anspruch auf sämmtliche im Eigenthum regelmäßig enthaltene Nutzungen gewährt, und in diesem Sinne kann allerdings an manchen Sachen kein wahrer Ususfruct bestehen, — daneben aber kann der Wille der Constituenten die Art und Weise der Benutzung mannigfach beschränken und etwa eine solche vorschreiben, wie sie regelmäßig mit dieser Sache nicht eingehalten wird, und auch ein derartiges Verhältniß wird Ususfruct genannt [vgl. § 20 S. 185] und wird an jeder Art von Sachen möglich sein. Denn für jede wird unter besondern Umständen möglicher Weise eine Benützungsart aufgefunden werden können, welche sie nicht verbraucht, und welche doch Einzelnen ersprießlich sein kann. So z. B. kann man sich selbst bei den am meisten consumtibeln Gelde leicht Fälle denken, wo man nicht durch Ausgeben, sondern durch Zurschaustellen Nutzen daraus zieht, und daher kann beispielshalber einem Geldwechsler ein wahrer beschränkter Ususfruct an einer Geldsumme vermacht werden, damit er sie, wie das an manchen Orten üblich ist, an seinem Schaufenster ausstelle. Aehnliche Fälle lassen sich für Speisen und sonstige Consumtibilien auffinden. Dagegen kann es nach der andern Seite ausnahmweise dem Eigenthümer einer speciellen Sache, welche in Folge des vollständigen regelmäßigen Gebrauchs gar keine oder doch nur eine geringe Veränderung erleidet, einerlei sein, ob er sie selbst oder eine andere von gleicher Qualität zurückerhält, und deßhalb kann es dem Usufructuar von den Constituenten gestattet sein, statt der hingegebenen Sache seiner Zeit eine andere gleicher Art zu restituiren, — so daß sogar an Grundstücken u. s. w. ein Quasiususfruct entsteht. Ferner kann die Hingabe bestimmter Sachen in der Art geschehen, daß ihr jetziger Werth geschätzt wird, und nach Beendigung des Ususfructs die Schätzungssumme restituirt werden soll[1]). Während

1) L. 7 de usufr. earum rerum 7, 5. So wird auch häufig das Verhältniß sein, wenn ein ususfructus omnium bonorum legirt ist. Denn da der Usufructuar dann nur ein Recht auf das Vermögen erhält, welches nach Zahlung der Erbschaftsschulden verbleibt (siehe unten), er ferner auch oft die

ein solches Verhältniß strenge genommen ein reiner Quasiususfruct an der Geldsumme ist, der sich nur dadurch auszeichnet, daß er auf ähnliche Weise, wie durch Hingeben einer speciellen Sache ein Darlehen an der Kaufsumme entstehen kann[n]), ebenfalls nicht durch Hingeben der quasiusufructuarischen Sache, des Geldes, sondern eines Surrogats dafür, der geschätzten Sache, entsteht, so wird dagegen ein gemischtes Verhältniß entstehen, wenn dem Usufructuar die Befugniß zugestanden wird, daß er bei Beendigung des Usufructs die Wahl haben soll, ob er die Sache selbst restituiren will, oder statt dessen die schon Anfangs festgestellte Schätzungssumme, so daß es also von seiner künftigen Entscheidung abhängt, ob er einen Usufruct oder einen Quasiususfruct gehabt hat. Auch dies ist eine Rechtsbildung, wie sie in der Machtvollkommenheit der Constituenten liegt.

Wo diese nun aber die Benutzungsweise nicht beschränken wollen, sondern den Usufruct als den Inbegriff der gesammten, regelmäßigen Eigenthumsnutzung verleihen, da kommt es, um zu bestimmen, ob ein Usufruct oder ein Quasiususfruct entsteht, darauf an, ob die fragliche Sache durch die regelmäßige, ihrem Zwecke entsprechende Benutzung in ihrer Existenz vernichtet oder wesentlich umgestaltet werde, oder nicht. Diese Frage entscheidet sich leicht bei einer Reihe von Sachen, wo jeder regelmäßige Gebrauch schon diesen Erfolg

---

Falcidische Quart dem Erben überlassen muß [l. 29 de usufr.], so wird, wenn anders nicht schon der Erbe die ganze Masse zum Zweck der Regulirung verkauft und dem Usufructuar nur den nach den obigen Abzügen verbliebenen Ueberschuß der Kaufsumme herausgegeben hat, wo von vorne herein ein Geldususfruct entsteht [wie in dem Fall der l. 10 de praescript. verb. 19, 4], der Usufructuar schon um deßwillen die Masse in baares Geld verwandeln müssen, um sich später mit dem Erben auseinandersetzen zu können. Ebenso ist auch der Usufruct der mater binuba an den lucra nuptialia ihres Mannes erster Ehe, soweit diese in beweglichen Sachen bestehen, ein Quasiususfruct, da sie nach Verordnungen von Leo und Anthenius [l. 6 § 1 C. de sec. nupt. 5, 9] den Werth, welchen die Sachen zur Zeit des Beginns des Usufructs hatte, restituiren muß. Vgl. oben § 57 S. 576.

n) L. 34 pr. mandati 17, 1.

erreicht, wie z. B. bei allen Lebensmitteln[v]), die ihren Zweck als solche durchaus nicht erfüllen können, ohne alsbald ihre Existenz zu verlieren, bei Rohstoffen, die verarbeitet werden müssen, wenn sie ihre regelmäßige Bestimmung erfüllen sollen, wie Wolle[w]), und endlich beim Gelde[x]), das zwar durch den Gebrauch, und selbst durch einen lange fortgesetzten objectiv nicht aufhört zu existiren, das aber doch für den Gebrauchenden nothwendig verloren geht und alsbald unerreichbar wird. Bei allen diesen Sachen wird immer für den Quasiususfruct zu vermuthen sein. Zweifel entstehen nur bei solchen, welche einen einmaligen, kurzen Gebrauch allenfalls vertragen, ohne in ihrer Existenz gefährdet zu werden, welche aber durch solchen jedesmal so verschlechtert werden, daß eine längere Dauer, oder öftere Wiederholung des Gebrauchs sie ganz zu vernichten vermag. Wollten hier die Constituenten den wahren Ususfruct, so daß es von der längeren oder kürzeren Dauer desselben abhängen soll, ob der Eigenthümer noch irgend welchen Nutzen aus seinem Eigenthum zu ziehen vermag, oder wollten sie den Quasiususfruct, so daß ihm immer eine gleiche Sache restituirt werden muß und von der längern oder kürzern Dauer des Verhältnisses nur abhängt, ob er sie früher oder später fordern kann? Es liegt auf der Hand, wie sich eine allgemeine Regel für die Beantwortung dieser Frage nicht geben läßt, sondern wie aus den jedesmaligen Umständen und der besondern Beschaffenheit der fraglichen Sache auf den Willen der Constituenten geschlossen werden muß. Unsere Jurisprudenz hat diese Frage mit großer Lebhaftigkeit seit Jahrhunderten in Beziehung auf den Usufruct an Kleidern discutirt[y]), und troß eines angeblichen Widerspruchs der Quellen nach einem überall anwendbaren Princip gesucht. Ulpian erkennt nämlich in l. 9 § 3 usufr. quemadm. cav. einen wahren Usufruct an Kleidern an, und ebenso in l. 15 § 4

---

v) Ulp. Fragm. tit. 24 § 27; § 2 J. de usufr. II, 4; l. 7 de usufr. ear. rerum.

w) L. 11 de usufr. ear. rer.

x) L. 5, l. 8 daselbst, l. 7 § 1 usufr. quemadmod. u. a. a. O.

y) Vergl. die umfangreichen Litteraturnachweisungen hierüber in Glücks Commentar Bd. 9 S. 392—404.

de usufr., wo er aber schon darauf hindeutet, wie auch ein Quasiusufruct daran möglich sei, indem er sagt: Si vestimentorum ususfructus legatus sit non sic, ut[z]) quantitatis ususfructus legetur, dicendum est u. s. w., so daß er also unter Umständen in den Usufruct an Kleidern auch einen ususfructus quantitatis, d. h. im Gegensatz zum ususfructus speciei, einen Quasiusufruct erkennen wird. Justinian nennt dagegen vestimenta schlechtweg neben vinum, oleum, frumentum als Sachen, quae ipso usu consumuntur, und an denen nur ein Quasiusufruct bestehen könne. Wenn nun diese Auffassung der Kleider, in der manche Juristen eine bewußte Aenderung des früheren Rechts auf dem Wege der Gesetzgebung haben erkennen wollen, keineswegs überall zutrifft, und wir die Compilatoren von einer wenigstens ungenauen Ausdrucksweise nicht freisprechen können, so beweißt sie doch, was ohnehin feststehen sollte, daß bei Kleidungsstücken jede der beiden Gattungen des Usufructs möglicher Weise in der Ansicht der Constituenten liegen kann, und so gut Ulpian bei einigen Arten von Kleidern Recht hat, wenn er ohne Weiteres für einen wahren Usufruct vermuthet, so gut hat Justinian bei andern Recht, wenn er daran nur einen Quasiusufruct zulassen will. Ein Beispiel aus unserer Zeit mag das veranschaulichen; wird ein Usufruct an einem besonders schönen Zobelpelz bestellt, wie er mehrere Generationen hindurch brauchbar sein kann, so wird jedermann einverstanden sein, daß das ein wahrer Usufruct sein soll, — wird dagegen an mehreren Dutzend weißer Glaceehandschuhe ein Usufruct bestellt, so ist er unzweifelhaft ein Quasiusufruct. Doch nicht in allen Fällen ist das Richtige so leicht zu finden, und es bedarf dann häufig eines großen juristischen Taktes, um eine gerechte Entscheidung zu treffen. Allgemeine Kategorieen, wie sie die ältern Juristen häufig aufstellten, indem sie an Feiertagskleidern einen wahren Usufruct, an Werktagskleidern einen Quasiusufruct

z) Die gewöhnliche Lesart ist: . . legatus sit non sicut quantitatis u. s. w. Die obige, die durch manche Manuscriple unlerstützt wird, ist zuerst vorgeschlagen von Christian Wächtler in seinen Notae ad Gerardi Noodt Probabil. Wittenbergae 1681. Für dieselbe spricht schon die bessere Latinität.

gelten lassen wollten, schlagen hier durchaus nicht durch und vermögen für die Entscheidung allein keinen Anhalt zu gewähren. Nur in Verbindung mit einer Reihe von andern Momenten darf man sie in Betracht ziehen.

Wir haben seither nur vom Quasiusfruct an einzelnen körperlichen Sachen gesprochen, der dem wahren Ususfruct noch am nächsten verwandt ist. Aber dabei ist die Rechtsbildung nicht stehen geblieben, sondern sie hat das Institut auch auf die res incorporales analog ausgedehnt, und es damit noch weiter vom Boden des Servitutenrechts entfernt. Die Veranlassung dazu lag schon in dem oft erwähnten Senatusconsult, welches einen ususfructus omnium rerum constituirte, quae in cuiusque patrimonio esse constaret. Nerva wollte noch die nomina diesen res nicht zugerechnet haben und höchstens einen Ususfruct an der Forderung zu Gunsten des Schuldners selbst zulassen, so daß diesem nach Bestellung der Caution die Zinsen erlassen würden[aa]), allein Cassius und Proculus gingen weiter und ließen auch zu Gunsten Dritter einen Ususfruct an der Forderung zu[bb]), und diese Ansicht erlangte unbestrittene Geltung. Zu diesem Resultat wurde das Recht um so mehr gedrängt, als bei der Erbrechtsgesetzgebung der ersten Kaiserzeit das Bestreben häufig gewesen zu sein scheint, durch testamentarische Verfügung jemanden die lebenslängliche Benutzung eines ganzen Vermögens oder einer Quote desselben zuzuwenden, und grade dieses Streben hat wahrscheinlich, wie wie wir zeigten, vor Allem gewirkt, um jenes Senatusconsult hervorzurufen, welches den Quasiususfruct schuf. Dadurch aber, daß

---

aa) Er mochte in diesem Falle die Zahlung der geschuldeten Summe an den Gläubiger und die sofortige Rückzahlung derselben an den seitherigen Schuldner zum Zwecke der Ususfructbestellung fingiren wollen, wie dies fingirt wurde, wenn eine seither aus einem andern Grunde geschuldete Summe fortan als Darlehen geschuldet werden sollte vgl. l. 15 de reb. cred. 12, 1. Steinberger in der Gießer Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge. Bd. XI. S. 168.

bb) L. 3 et 4 de usufr. earum rerum 7, 6.

die Benutzung der körperlichen Sachen, ohne Rücksicht darauf, ob sie consumtibel waren, oder nicht, legirt werden konnte, war jenes nur unvollständig erreicht. Es war einer Seits eine Härte gegen den Erben [wie sie nicht in der Absicht des Testators lag], wenn er, dem die Nutzung der Erbschaft für lange Zeit entzogen war, allein die Schulden des Testators hätte tragen sollen und selbige, so lange der Ususfruct dauerte, nicht aus der Masse hätte befriedigen dürfen. Obiges Streben führte daher in dieser Beziehung zu Aufstellung des Satzes, daß wo ein ususfructus omnium bonorum[cc]), oder wie er auch heißt, ein ususfructus bonorum durch Testament errichtet war, die Schulden aus dem Erbschaftsvermögen zu tilgen seien, — ein Satz, den Pomponius in l. 69 ad leg. Falcid. 35, 2 mit den Worten rechtfertigt; quoniam post Senatusconsultum nulla res est, quae non cadit in ususfructus legatum, — also als ob nunmehr auch der Schuldner einen Ususfruct an seiner Schuld bestellen könne. Auf der andern Seite bestand aber auch schon damals dies Vermögen meisten Theils so vorherrschend in ausstehenden Kapitalien, daß man nicht zugestehen konnte, jemand habe die Nutznießung des gesammten Vermögens, wenn ihm nicht auch Vortheile, welche aus diesen ausstehenden Kapitalien herworgingen, zugewandt werden konnten, und hatte man daher, durch das oben erwähnte Streben geleitet, erst die Form gefunden, unter welcher die zeitweilige Ueberlassung der Vortheile der in der Erbschaft befindlichen Forderungen ermöglicht war, so war kein Grund vorhanden, um nicht auch ein derartiges Verhältniß an einer einzelnen Forderung ohne Rücksicht auf die Schicksale des übrigen Vermögens zuzulassen.

Man nannte dasselbe ususfructus nominis[dd]). Aber es liegt auf der Hand, wie weit der Begriff Ususfruct hiermit über seine ursprünglichen Grenzen hinausgegangen ist, indem er hier nicht mehr ein dingliches Recht an einer körperlichen Sache bezeichnet, sondern ein Forderungsrecht, welches man für einen andern selbstständig eine gewisse Zeit hindurch geltend machen darf, und das mit dem eigentlichen Ususfruct außer der darauf ruhenden Cautions-

cc) L. 29 de usufr. 7, 1.

dd) L. 3 de usufr. ear. rerum.

last [ee]) nur die charakteristischen Beendigungsarten durch Tod und Capitis Deminution gemein hat. Die Beendigungsart des eigentlichen Ususfructs, welche eine Folge des Untergangs oder einer wesentlichen Veränderung der usufructuarischen Sache ist, scheint hier keine Anwendung gefunden zu haben, indem sonst jedesmal mit Erlöschen der Forderung durch Zahlung oder auch nur durch Novation die usufructuarische Berechtigung hätte erlöschen müssen, dadurch aber diese zu problematisch und zu sehr abhängig von der Willkühr des Schuldners gewesen wäre, als wie es eine Nachbildung des dinglichen Ususfructs sein durfte, und der ususfructus omnium bonorum dann doch nicht eine lebenslänglich sichere Nutzung des ganzen Vermögens gegeben hätte, sondern diese mit Rückzahlung der ausstehenden Kapitalien theilweise auf den Erben übergegangen wäre [ff]). Daher wird in dieser Beziehung vielmehr die Analogie des Pfandrechts entscheiden müssen, und wie sich das pignus nominis nach geschehener Zahlung der verpfändeten Schuld in ein Pfandrecht an die gezahlte Sache umwandelt [gg]), so wird auch der ususfructus nominis mit der Tilgung zu einem Ususfruct an der zurückbezahlten Sache werden, und zwar je nach der Beschaffenheit der letztern zu einem wahren oder zu einem Quasiususfruct. Was die Entstehung eines solchen ususfructus nominis anbetrifft, so unterscheidet er sich auch in dieser Beziehung sowohl vom Quasiususfruct, als auch, wenigstens im klassischen Recht, vom wahren Ususfruct, da schon von jeher der bloße Vertrag überall genügt haben muß, indem, wenn dadurch die völlige Cession einer Schuld, also das maius vor sich gehen kann, derselbe auch für das minus, für die der Zeit nach beschränkte und mitunter nur partielle Cession genügen muß.

---

ee) L. 4. daselbst; l. 1 C. de usufr. 3, 33.

ff) Wenn daher in l. 1 C. de usufr. gesagt wird, der Usufructuar des ganzen Vermögens dürfe erst nach bestellter Caution vom Erben das eingezahlte Geld verlangen, so sind hierunter nicht bloß die seither bezahlten Zinsen für die ausstehenden Kapitalien zu verstehen [an denen der Usufructuar doch nur einen Quasiususfruct, nicht aber schon unbeschränktes Eigenthum erhält, vgl. l. 24 pr. de usufr. leg. 33, 2], sondern er kann auch die zurückgezahlten Kapitalien vom Erben herausfordern.

gg) L. 13 § 2 de pign. et hypoth. 20, 1.

Eine viel bestrittene Frage dieses Instituts, deren vielseitige Behandlung wir jedoch, da dasselbe schon gar zu entfernt von dem Servitutenrechte liegt, nicht erschöpfend darstellen können, ist die: kann der Usufructuar einer Forderung dieselbe aus eigener Machtvollkommenheit zwangsweise vom Schuldner mit der Klage des ursprünglichen Gläubigers beitreiben, oder hat er nur einen selbstständigen Anspruch auf die zu zahlenden Zinsen? Ausdrücklich ist in den Quellen nur von dem Letztern die Rede [hh]). Ein entschiedener Beweis für die erste Ansicht läßt sich auch nicht, wie man häufig gethan hat, daraus entnehmen, daß der Usufructuar hier auch Caution bestellen muß [ii]); denn wenn er auch da, wo er nur die Zinsen erhält, an denen er ja gleichsam als an den Früchten des Kapitals unwiderrufliches Eigenthum erwirbt, dem eigentlichen Gläubiger gegenüber keinerlei Verpflichtung hat, und daher auch kein Grund wäre, daß er diesem eine Caution bestellt, so ist der Zinsbezug, auch wenn wir ihm das Recht absprechen, die ganze Forderung beizutreiben, doch nicht der einzige mögliche Erfolg seines Rechts, sondern, wie wir eben ausführten, wird er, wenn der Schuldner freiwillig zahlt, an der zurückgezahlten Sache einen Usufruct erhalten, und könnte daher schon Grund vorhanden sein, um ihn gleich zur Cautionsleistung wegen des etwaigen künftigen wahren oder Quasiusufructs anzuhalten. Wenn daher die Cautionspflicht noch nicht mit Nothwendigkeit darauf hinführt, daß er die usufructuarische Forderung einklagen kann, so spricht doch für diese Befugniß einmal die Analogie des Pfandrechts, die wir hier schon früher benutzen mußten, indem im Falle des pignus nominis der Pfandgläubiger berechtigt ist, die verpfändete Schuld selbständig einzuklagen [kk]), sodann aber auch die Analogie des wahren Usufructs. Denn wie durch diesen der Usufructuar ein Administrationsrecht erwirbt, vermöge dessen er alle Verfügungen treffen kann, welche regelmäßig von einem sorgfältigen Eigenthümer getroffen zu werden pflegen, so wird auch in

---

hh) L. 3 de usufr. earum rerum 7, 5; l. 24 de usufr. leg. 33, 2; l. 1 C. de usufr. 3, 33.

ii) L. 1 C. cit.

kk) L. 7 C. de hered. vel act. vend. 4, 39.

unserm Falle der Usufructuar Alles mit der usufructuarischen Sache, der Forderung, vornehmen können, was ein Gläubiger selbst damit zu thun pflegt, und da es die ursprüngliche und fast die regelmäßige Bestimmung jeder Forderung ist, eingeklagt zu werden, so muß der Usufructuar auch dazu berechtigt sein. Ja noch mehr, es können bei jeder Forderung Momente eintreten, wo es ein unverständiger Leichtsinn wäre, wenn der Gläubiger sie nicht einklagen und durch längere Dauer ihren ganzen Erfolg gefährden wollte; durch die Ususfructbestellung hat ferner der eigentliche Gläubiger, so lange der Usufructuar sein Recht nicht aufgiebt, die Befugniß zur Anstellung der Klage verloren, und der Schuldner wird, wenn ihm diese theilweise Veräußerung der Forderung gehörig denuncirt ist, so wenig mehr durch Zahlung an den eigentlichen Gläubiger liberirt werden, wie er es nach einer ihm angezeigten gänzlichen Cession der Schuld wird[11]); es ist also der Gläubiger, wenn solche Momente eintreten, wo geklagt werden muß, außer Stande dazu, und damit ist sein Interesse in einer Weise gefährdet, wie es sicher nicht in der Absicht der Constituenten lag, während der Usufructuar ihm zu Hülfe zu kommen und damit ihr beiderseitiges Interesse zu wahren vermag; — daß er es dann auch thut, dazu muß ihn die Caution nöthigen und diese darf daher hier nicht, wie beim Quasiususfruct, nur dahin gehen, daß er restituiren will, was von dem geschuldeten Kapitale oder der geschuldeten Species an ihn kommt, sondern er muß daneben, wie beim wahren Ususfruct versprechen, daß er die Forderung verwalten will, wie ein bonus pater familias, und darin liegt auch, daß er klagt, wenn es Zeit ist. Dieses Versprechen kann dann aber auch bei einem besonders sicher und gegen hohe Zinsen verliehenen Kapital der Grund sein, warum der Usufructuar dasselbe nicht einklagen darf, und ebenso können ihm die Constituenten die Befugniß dazu ausnahmsweise entziehen, wie jedem Usufructuar eine einzelne Benutzungsweise der usufructuarischen Sache untersagt werden kann.

Für die andern res incorporales, welche Gegenstand eines Vermögens sein können, haben wir in unsern Quellen keinerlei Bestimmung darüber, ob auch an ihnen ein solches usufructartiges

---

11) L. 4 C. quae res pignori 8, 16.

Recht verliehen werden kann, wie an den Forderungen. Da aber die römische Jurisprudenz aus den Worten des oft erwähnten Senatusconsults zu dem Begriff des ususfructus nominis gelangte, so werden wir zu einer entsprechenden Operation rücksichtlich der andern veräußerlichen Rechte, welche zu den bona eines Verstorbenen gehören können, berechtigt sein, und so, um die römischen Institute zu nennen, einen ususfructus superficiei, als das der Zeit nach beschränkte und durch vorausgegangene Cautionsleistung bedingte Recht, zur selbständigen, nach dem arbitrium boni viri zu regelnden Benutzung des superficiarischen Hauses, so wie einen ususfructus emphyteuseos, als das ebenso beschränkte Recht, in gleicher Weise das emphyteutische Gut zu benutzen, anerkennen dürfen.

Wie ein Usufruct an einem Usufruct bestehen könne, haben wir schon oben § 28 S. 256—262 auf einem andern Wege dargethan.

Zweites Kapitel.

Der Usus.

§. 59.

Ueber den Inhalt des Usus ist in neuerer Zeit eine Differenz unter den Ansichten unserer Rechtslehrer zu Tage getreten. Nachdem die früher allgemein verbreitete Lehre, wonach der Usus zu jeder Benutzungsweise ermächtige, so lange sie sich auf die **Nothdurft** des Usuars beschränke, namentlich durch **Hugo's**[a]) und **Thibaut's**[b]) Angriffe erschüttert war, gelangte die Ansicht der genannten Juristen zur fast ausschließlichen Herrschaft[c]), wonach nur das Recht, die usuarische Sache unmittelbar für die Zwecke des Usuars anzuwenden, nicht aber auch das, sich die Erzeugnisse derselben anzueignen, im Usus enthalten sein soll. So sehr nun auch hierfür z. B. **Ulpians** Worte in l. 2 pr. de usu 7, 8:

Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.

zu sprechen scheinen, indem frui in seinem regulären Sinne „Früchte gewinnen" heißt und also hier der Fruchtbezug verboten erscheint, so läßt sich doch auch alsbald nicht verkennen, mit wie vielen einzelnen Entscheidungen die obige Begriffsbestimmung in Widerspruch geräth, und es bleibt daher den Anhängern derselben nichts übrig, als jede

---

a) Civil. Magazin I. S. 339.

b) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1798 Bd. I Nr. 3 [über die Dienstbarkeit des Usus].

c) Vgl. die Litteraturnachweisungen von **Scheurl** in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. Bd. XV. S. 21.

dieser Entscheidungen als eine anomale Erweiterung der usuarischen Befugnisse aufzufassen und dieselbe dadurch zu begründen, daß die Constituenten muthmaßlich unter den besondern Umständen des einzelnen Falls diese Erweiterung gewollt haben. Unzufrieden mit diesem höchst unsichern Resultate hat G. F. Puchta[d]) dem Usuar wieder die doppelte Befugniß, sowohl zu gebrauchen, als Früchte zu ziehen, zugewiesen und nur die Grenze dafür aufgestellt, daß er durch diese Benutzungsweise stets sein unmittelbares Bedürfniß befriedigen müsse; er geht demnach in so weit über die Ansichten der ältern Schule hinaus, als diese dem Usuar nur, was zu seiner Nothdurft erforderlich war, zugestehen wollte, Puchta aber alles gestattet, was ihm selbst für seine Person Nutzen gewähren kann, wenn er es auch nicht mehr mit Nothwendigkeit braucht. Doch auch mit dieser Begriffsbestimmung treten einzelne gesetzliche Entscheidungen in Widerspruch, wie z. B. die, wodurch dem Usuar einer Heerde jeder Anspruch auf die Wolle und auf die Jungen derselben abgesprochen wird[e]), während er diese Dinge doch zu seinem unmittelbaren Bedürfniß würde verwenden können. Deßhalb hat Scheurl[f]) eine andere Definition des Usus aufgestellt, die er aus der Bedeutung des Worts uti im Gegensatz zu frui ableitet. Denn ersteres soll in seiner engeren Bedeutung[g]) die Benutzungsweise bezeichnen, welche nicht schon der endliche Zweck ist, wie er an und für sich Vortheil gewährt [z. B. durch Verschaffung von Eigenthum], sondern welche nur ein Mittel ist, um damit einen andern außerhalb der Sache liegenden dauernden Zweck zu erreichen, und welche daher an und für sich nur vorübergehend Vortheil gewährt. Daraus folgert Scheurl nun, daß der Usus jede Benutzung ist, welche nicht zu einem dauernden Eigenthumserwerb führe, und daß dieser das charakteristische Kennzeichen des fructus sei; nur der Bezug von solchen Früchten, welche sofort während der Dauer des

---

d) Cursus der Institutionen Bd. II § 282 S. 781 und 798 [2. Aufl.] und in der zweiten Auflage der Pandekten § 197.

e) L. 12 § 2 de usu 7, 8.

f) A. a. O. S. 34.

g) In einer weitern wird es z. B. in l. 1 pr. de precario 43, 26 gebraucht: precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur etc.

Usus unmittelbar verbraucht würden, gewähre keine dauernde positive Bereicherung und schließe daher den Usus nicht aus.

So sehr wir nun auch mit diesem letztern Resultate übereinstimmen und dasselbe in den einzelnen Entscheidungen unserer Quellen bestätigt finden, so möchten wir doch einen andern Weg einschlagen, um zu diesem Resultat zu gelangen, indem unsers Erachtens das Institut des Usus sich nicht nach dem Sinne des zur Bezeichnung desselben gebrauchten Wortes gemodelt hat, sondern dieses nachträglich hinzugekommen ist, und ohne daß man genau untersucht hat, ob seine Bedeutung durchaus congruent mit dem Institut war, welches er bezeichnen sollte. Denn wäre der Sinn, welchen Scheurl dem Wort usus unterlegt, wirklich im allgemeinen Bewußtsein anerkannt, so hätte es nicht wiederholt vorkommen können, daß die Constituenten den Ausdruck Usus brauchten, wo sie doch ein Institut mit weitern Befugnissen schaffen wollten, als sie im Usus im juristischen Sinne enthalten sind[h]), und namentlich hätten die Juristen, wenn im einzelnen Falle der juristische Usus in seiner vollen Consequenz ein mögliches Institut war, nicht Untersuchungen darüber anstellen dürfen, ob auch der wahre Wille des Testators auf diesen Usus gerichtet war. Mittelst des Satzes: Ubi non est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio, können wir daher hier, wo nach dem Willen der Constituenten doch noch geforscht wird, auf eine gewisse Unsicherheit über die Bedeutung des Worts Usus zurückschließen. War aber diese vorhanden, so wird sich auch die Ausbildung eines mit so bestimmten Grenzen versehenen Instituts nicht lediglich durch den Sinn desselben haben leiten lassen, zumal wir aus Aussprüchen der Quellen wissen, daß das Wort usus gar nicht nothwendig bei der Constituirung des Instituts gebraucht werden mußte[i]). Demnach

---

h) L. 22 pr. de usu 7, 8; l. 5 § 2 de usufr. ear. rerum 7, 5. Wir kommen auf diese Stellen unten zurück.

i) Nach der l. 10 § 1 de usu entsteht der Usus auch, wenn im Testament eine χρῆσις hinterlassen ist; Pomponius nimmt in l. 32 de usufr. 7, 1 an, daß wenn sich der Verkäufer eines Hauses darin eine habitatio vorbehalte, dies als Bestellung eines Usus aufzufassen sei [wir kommen auf diese Stelle im § 60 zurück] und Paulus entscheidet in l. 37 de S. P. R. 8, 3 für einen

wird hier nicht, was bei so vielen andern Instituten mit Recht geschieht und auch seither von uns mehrmals hat geschehen müssen, der sprachlichen Bedeutung des Namens zu großes Gewicht beigelegt werden dürfen.

Um aber den Inhalt des Usus zu bestimmen, müssen wir wieder suchen, uns ein Bild seiner Entstehung zu entwerfen. Daß der Ususfruct und einige Realservituten vor ihm zur Anerkennung gelangt waren, haben wir oben [vgl. § 1, § 2 und § 50 S. 448 Anm. a] nachzuweisen versucht. Wann er entstand, können wir nach den uns erhaltenen Quellen nicht mit Bestimmtheit angeben; doch haben wir keinerlei Zeugniß, welches auf ein hohes Alter hindeutet, und innere Gründe scheinen auch dagegen zu sprechen, da sich nicht absehen läßt, wie in den einfachen, starren Verhältnissen der ältern Zeit irgend ein dringendes Bedürfniß für die Entstehung desselben thätig gewesen sein kann, auch die Stellung des Usuars gegenüber dem Eigenthümer eine solche ist, welche sich nicht durch kurze, einfache Regeln markiren läßt, sondern in jedem einzelnen Falle mit großer juristischer Kunst und durch detaillirtes Eingehen in die Lebensverhältnisse ermittelt werden muß, wie das in den eisernen Zeiten des Rechts schwerlich im Geiste der Jurisprudenz gelegen hat. Wenn der Usus erst einer spätern Zeit angehört, so ist es nicht unmöglich, daß er grade aus der bewußten Absicht hervorgegangen ist, die eigenthümlichen Vortheile, welche die Realservituten dem Eigenthümer der belasteten Sache bieten, diesem, so weit als möglich, auch dem Usufructuar gegenüber zu schaffen, und er somit durch die Reflexionen der Jurisprudenz veranlaßt worden ist. Der Eigenthümer mochte eine Garantie für die Wahrung seiner Interessen darin sehen, wenn jede einzelne Ausübungshandlung nur von dem Berechtigten und den bestimmten zur Stellvertretung ermächtigten Personen, nicht aber von jedem beliebigen Dritten, dem es etwa vom Berechtigten überlassen wurde, vorgenommen werden konnte, und wenn das individuelle Bedürfniß des Berechtigten dem ganzen Recht eine Grenze setzte, so konnte das auch dem Eigenthümer nur wünschenswerth sein und deßhalb von

---

usus aquae, wo im Testament gestattet war, aus einer Quelle ein bestimmtes Maaß Wasser zu einem beliebigen Zweck zu entnehmen.

den Constituenten nach dem Vorbild der Realservituten angeordnet werden. Diese Möglichkeit wird aber zur großen Wahrscheinlichkeit werden, wenn man berücksichtigt, wie für den Usus auch eine Regel aufgestellt wird, die bei den Realservituten sich mit Leichtigkeit erklärt, die aber beim Usus als eine Singularität erscheint, an der niemand ein Interesse hat, und die sicherlich nicht so wiederholt und allgemein von den Constituenten verfügt worden wäre, daß sie zu einem feststehenden Attribut des Usus hätte werden können, wenn sie nicht im Gefolge anderer Sätze aus der Realservitutenlehre in die vom Usus hinübergenommen wäre. Daß nämlich die Vornahme jeder einzelnen Ausübungshandlung nur durch den Berechtigten selbst, so wie die Einhaltung der durch das Bedürfniß der herrschenden Sache gesetzten Schranke, noch nicht genügt, sondern daß auch jede unter Wahrung dieser Grenze vorgenommene Ertragspartikel unmittelbar auf die herrschende Sache verwandt werden muß, ist bei den Realservituten erklärlich, weil sonst der Zweck derselben, künstlicher Ersatz einer fehlenden Eigenschaft des herrschenden Grundstücks [vgl. § 16 S. 138], nicht erreicht würde; daß auch beim Usus die Einhaltung jener Grenzen nicht genügt, sondern ebenfalls jede Ertragspartikel unmittelbar zum Vortheil des Berechtigten verwandt werden muß[k]), läßt sich hier nicht auf gleiche Weise erklären, da eine Veräußerung der Erträgnisse gegen Entgelt dem Usuar eben so nützen kann, wie die eigene unmittelbare Verwendung, und auch nicht abzusehen ist, wie dem Eigenthümer daran liegen kann, was schließlich aus den Erzeugnissen seiner Sache wird, wenn er sie einmal hat hergeben müssen. Auch die einzelne Ausnahme, die für den Usus eines Hauses gemacht wird[l]) beweißt, wie dieser Strenge der Regel beim Usus der Boden fehlt, und wir glauben daher nicht zu irren, wenn wir aus ihrer Geltung auf eine auch historische Verwandtschaft zwischen Usus und Realservituten zurückschließen.

Die Realservituten gewähren nun größten Theils die Befugniß zu bloßen Gebrauchshandlungen; doch manche und auch solche, die schon in älterer Zeit üblich waren, geben Anspruch auf die Erzeug-

---

k) § 2 und § 3 J. de usu II, 5; l. 11 de usu.

l) L. 2 § 1 und l. 4 pr. de usu; siehe unten.

nisse der dienenden Sache, wie namentlich schon die Wassergerechtigkeiten [vgl. § 43 S. 466]. Deßhalb konnte, wenn der Usus wirklich auf dem von uns angenommenen Wege entstand, darin schon von Anfang an ein Anspruch auf die Erzeugnisse der usuarischen Sache enthalten sein, der jedoch in einer Beziehung beschränkter sein mußte, wie der bei den Realservituten. Bei der unendlichen Dauer derselben kommt es gar nicht darauf an, wie lange die einzelne Ausübungshandlung zum Vortheil der herrschenden Sache fortwirkt; die engen Zeitgrenzen des Usus aber, die jeden Augenblick seinen Untergang herbeiführen können, verlangen, daß nur solche Handlungen zur Ausübung desselben vorgenommen werden, welche bei Ablauf des Usus ganz und gar vollendet sind, damit nicht noch Befugnisse auf denselben gebaut werden, während er schon nicht mehr existirt. Dies auf den Fruchtbezug des Usuars angewendet ergiebt, daß dieser nur solche Erzeugnisse angreifen darf, die er auch alsbald zu consumiren vermag, damit, wenn der Usus durch den Tod erlöscht, und nunmehr also der Zweck desselben, Verbesserung der Lage des Usuars, als erreicht gilt, nicht noch nachträglich und mittelbar durch die Fortdauer von Eigenthum eine Bereicherung hergestellt werde, wie sie gar nicht beabsichtigt war. Die Zeitgrenze, die der Usus vom Ususfruct entnommen hat, muß hier jede Ertragspartikel ergreifen, soll der Nutzen des Usus ein unmittelbarer sein. Erzeugnisse daher, die, wenn sie regelrecht verwandt werden, erst durch lang fortgesetzte Benutzung verwandt werden können, fallen dem Usuar nicht zu. Ebenso müßte man auch fordern, daß derselbe von den Sachen, welche durch jede Benutzung ganz verbraucht werden, zur Zeit immer nur so viel nehme, als er alsbald consumiren könne; allein diese Forderung stände, zumal beim Usus an Grundstücken, zu sehr mit den Rücksichten auf die Bequemlichkeit und auch mit der äußern Zweckmäßigkeit in Widerspruch, und deßhalb ist hier nachgegeben worden, daß der Usuar davon schon auf Vorrath nehmen könne[m]),

---

m) So wird in l. 15 pr. de usu dem Usuar eines Landguts gestattet sich aus den Früchten desselben für ein Jahr zu versehen — natürlich weil diese verderben würden, wenn sie auf dem Felde blieben, bis er sie brauchte, und weil er erst nach einem Jahr Gelegenheit haben wird, sich neu zu versehen.

jedoch wohl nur unter der Bedingung, daß er bei plötzlicher Beendigung des Usus alles restituire, was er noch nicht consumirt hat, und wird die Verpflichtung dazu seiner Zeit aus der auch von ihm zu leistenden Caution gefolgert werden können. Diese Erlaubniß ist aber auf die Sachen beschränkt, welche in jedem Augenblick ganz und gar consumirt werden können, und keineswegs hat man nun die Grenzen der usuarischen Befugniß etwa dahin erweitert, daß der Usuar sich auch die Erzeugnisse aneignen dürfe, welche eine lange fortgesetzte Benutzung ertragen, und dieselben nun vorläufig unter der Bedingung nach Belieben ausbeuten dürfe, daß er bei Beendigung des Usus restituire, was davon übrig sei. Vielmehr sind und bleiben derartige Erzeugnisse dem Usuar entzogen.

Demnach können wir den Usus als die den Realservituten nachgebildete Personalservitut bezeichnen, welche zur Benutzung einer Sache ermächtigt, so weit der Ertrag dieser Benutzung unmittelbar dem Berechtigten zu Gute kommt und alsbald von ihm verwandt wird. Daß man dies Verhältniß mit dem Namen usus und also mit einem Elemente des Gesammtnamens usus et fructus bezeichnete, hat vielleicht seinen Grund in der von Scheurl behaupteten tiefern Bedeutung von uti, vielleicht ging man aber auch nur von der oberflächlichen Betrachtung aus, daß da der Ususfruct um wichtige Attribute beschnitten sei, sich das auch in dem Namen ausprägen müsse, und da der Fruchtbezug hier bedeutend zurücktritt, und nicht nur fructus civiles fast nie vorkommen, sondern auch bei Beendigung des Usus keine fructus naturales mehr in den Händen des Usuars sein dürfen, so möchte man sich zur Wegschneidung des auf den Fruchtbezug hinweisenden Elements des Namens Ususfructs leicht veranlaßt fühlen. Zur Probe unsers Resultats wird es nunmehr erforderlich sein, die einzelnen in den Gesetzen entschiedenen Fälle näher zu betrachten:

Ist der Usus an einem Landgut bestellt, so verleiht er die Befugniß, in dem dort befindlichen Herrnhause zu wohnen, und ferner, da das Wohnen nur dann in einer befriedigenden Weise geschehen kann, wenn man allein Herr im Hause ist, auch dem Eigenthümer und seiner Dienerschaft den Besuch desselben zu unter=

sagen[n]); daneben kann der Usuar von den Wirthschaftsgebäuden die ausschließliche Benutzung der Räume beanspruchen, welche jede Haushaltung zur Aufbewahrung ihrer täglichen Lebensbedürfnisse nöthig hat, wie z. B. in Italien Wein- und Oelkeller[o]). Ferner kann er nicht nur seine Familie dort bei sich haben, sondern wie z. B. eine Wegegerechtigkeit ja auch durch die besuchenden Freunde benutzt werden kann, so kann der Usuar auch Freunde dahin einladen, weil nur dann die Wohnung in jeder Weise befriedigen und das Leben in derselben vollen Genuß gewähren wird. Doch muß ein solches Treiben nicht im Widerspruch mit der ganzen äußern Lage des Usuars stehen, indem ihm etwa nur als Almosen der Usus an einem kleinen Gute gewährt ist, auch dürfen, um Raum für diese Freunde zu schaffen, nicht etwa die für die Wirthschaft bestimmten Lokalitäten in Anspruch genommen werden[p]). Da ihm dagegen die Ernte des Gutes nur zu einem geringen Theile zufällt und er daher die eigentliche Bewirthschaftung auch nicht zu besorgen hat, so hat er auf die hierfür bestimmten Gebäude, wie z. B. auf die Wohnung für den Pächter oder für die zu den ländlichen Arbeiten erforderlichen Leute keinen Anspruch[q]), es sei denn, daß der Usus ausdrücklich an allen Gebäuden bestellt ist[r]). Doch auch dann wird er wenigstens zur Erntezeit den Arbeitern Unterkommen gewähren müssen, da das doch gewiß die Absicht der Constituenten war[s]). Außerdem darf er auch auf dem Gute spazieren gehen oder sich in einer Sänfte umhertragen

n) In l. 10 § 4 de usu lauten die Worte Ulpians allerdings allgemein: Et Labeo ait, habitareeum in fundo posse, dominumque prohibiturum illo venire; daß aber doch nur darunter verstanden wird, der Eigenthümer könne von dem Hause abgehalten werden, nicht aber auch, daß der Usuar ihm den Besuch des ganzen Guts verbieten könne, geht aus andern Stellen hervor, wo indirect [l. 11 daselbst] oder direct [l. 15 § 1 daselbst] das Recht des Eigenthümers, trotz dem Usus auf dem Landgut zu weilen, anerkannt wird.

o) L. 10 § 4 de usu.

p) L. 12 § 1 daselbst.

q) L. 10 § 4 de usu.

r) L. 12 pr. daselbst. Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii ei relictus est.

s) L. 12 pr. daselbst.

lassen, jedoch nur so, daß daraus kein Nachtheil für den Eigenthümer entsteht und er namentlich den Arbeitern desselben nicht bei ihren Geschäften hinderlich ist[t]). Ginge nun das Recht des Usuars nur auf die Befugniß zum unmittelbaren Gebrauche der Sache selbst, wie manche unserer Juristen wollen, so wäre hiermit sein Recht abgeschlossen, und es läßt sich nicht läugnen, daß die seither genannten Befugnisse immerhin schon so beträchtlich und so nutzbringend sind, daß es sich leicht erklärt, wenn die Constituenten allein um derentwillen das Verhältniß schufen, und es ist nicht nöthig, bloß deßhalb dem Usuar weitere Befugnisse zuzugestehen, weil die, welche aus dem Wesen des Usus fließen, zu unbedeutend sind, als daß sie die beabsichtigten sein können. Wenn dem Usus an einem Landgut daher noch weitere Attribute beigelegt werden, so müssen auch diese aus dem Wesen dieses Instituts hervorgehen. Nach dem von Ulpian angeführten Zeugniß einer großen Anzahl der angesehensten Juristen gewährt der Usus, ohne daß das irgendwie als eine Besonderheit angeführt wird, einen Anspruch auf Holz, soweit man dessen zum täglichen Gebrauch bedarf, auf Obst, Gemüse, Blumen, Wasser, Streu; jedoch alles nur soweit, als man es sofort gebraucht, und nicht um daraus dauernden Gewinn zu machen [non usque ad compendium] und auch nicht zum bloßen Mißbrauch [neque ad abusum][u]), also nicht so verschwenderisch, wie es bei den persönlichen Verhältnissen des Usuars nicht üblich ist, solche Dinge zu gebrauchen. Bei den oben genannten Sachen blieb Nerva stehen, und erklärte sich ausdrücklich dagegen, daß der Usuar Heu, Oel, Korn oder sonstige Feldfrüchte beziehe, indem er wohl von dem Gesichtspunkte ausging, daß der Bezug dieser Dinge, als der nöthigsten Lebensbedürfnisse, eine sofortige dauernde Bereicherung nach sich ziehe, da man das Geld spare, was man sonst nothwendig ausgeben müsse, und daß solche

---

t) L. 11 und l. 12 § 1 de usu; § 1 J. de usu II, 5.

u) Daß man diese Worte nicht in Gemäßheit des Gebrauchs, den sie sonst oft haben, so übersetzen darf, als solle der Usuar nicht den ganzen Vorrath des Guts von diesen Dingen verbrauchen, geht namentlich aus l. 15 pr. de usu hervor, wo gesagt wird, der Usuar könne mitunter zur Befriedigung seines Bedürfnisses den ganzen Ertrag des Guts verbrauchen.

daher schon in das Bereich des fructus fallen würden. Aber den Juristen Sabinus, Cassius, Labeo, Proculus und ebenso Ulpian schien diese Auffassung eine zu enge, und sie stellten den Satz auf, daß der Usuar von Allem, was auf dem Grundstück wachse, für sich und die Seinen den nöthigen Unterhalt entnehmen könne, ja Ulpian entscheidet auch, da wohl Zweifel entstanden sein mochten, daß er dies keineswegs nur so lange könne, als er auf dem Gute weile, sondern daß er es sich auch in die Stadt nachführen lassen dürfe.

Den Theil der Früchte, welchen der Usuar für sich bedarf, wird er, soweit sie nicht schon von selbst wachsen, sondern einer besondern Kultur bedürfen, selbst zu erzielen haben und ihm daher vom Eigenthümer das nöthige Land dazu überlassen werden müssen. Das wird freilich in den Quellen nirgends gesagt, und manche Ausdrücke derselben scheinen fast auf das Gegentheil hinzudeuten, als ob der Eigenthümer das Ganze bestellen und der Usuar dann aus den erzielten Früchten seinen Theil vorweg nehmen könne[v]); allein das wäre doch eine zu große Anomalie, wenn der Eigenthümer noch für fremde Zwecke das Land bestellen müßte, als daß wir es ohne ausdrückliches Zeugniß annehmen können, und da es auch, wie die Quellen anerkennen[w]), vorkommen kann, daß für den Eigenthümer gar nichts vom Ertrage des usuarischen Gutes übrig bleibt, so würde derselbe oft genug eine derartige Thätigkeit verweigern und da er dazu nicht gezwungen werden könnte, würde doch dem Usuar es wieder obliegen, selbst Anstalten zu treffen, damit das ihm Zukommende auch wirklich wächst. Wenn die l. 16 pr. de usu von einem Legate spricht, wonach dem Usuar eines Gutes auch der Usus an dem Inventar desselben vermacht war, so deutet das doch auch darauf hin, daß man sich bewußt war, wie der Usuar selbst das Feld bestellen muß. Es wird dann nur oft schwer sein, zu ermitteln, wie viel Land ihm für seine Bedürfnisse zu überweisen ist, da die Größe derselben selbst noch ungewiß sein kann und bei dem unsichern

v) L. 12 § 1 de usu: ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, *sumpturum*. L. 15 pr. daselbst: licebit usuario et ex penu . . . *capere*.

w) L. 15 cit.

Ertrage der Ernten nicht vorauszusehen ist, wie viel er von jedem Felde ernten wird. Ein mittlerer Ueberschlag wird am meisten zu empfehlen sein, und wenn dann der Usuar mehr erzielt, als er ordnungmäßig verzehren kann, so wird er den Ueberschuß in Folge der von ihm geleisteten usuarischen Caution an den Eigenthümer, jedoch nur gegen Erstattung der betreffenden Quote der Bestellungskosten, herausgeben müssen, und wenn dagegen sein Ertrag für den Verbrauch einer Fruchtperiode nicht hinreicht, so wird er denselben von dem des andern Theils des usuarischen Grundstücks wieder gegen Ersatz einer Quote der Bestellungskosten ergänzen können. Will der Eigenthümer auf die Gefahr dieses Abzuges hin sich gar nicht auf die Bestellung einlassen, so wird jener den ganzen Acker benutzen dürfen, muß aber doch immer restituiren, was er von der Ernte nicht zu verzehren vermag.

Gehen wir dann, um mit der nähern Prüfung der obigen Begriffsbestimmung des Usus fortzufahren, zu den Entscheidungen in Betreff des Usus an einem einzelnen Hause über, so finden wir sorgfältige Untersuchungen darüber, wen der Usuar in das Haus mitaufnehmen könne. Sie gehen darauf hinaus, daß, möge der Usus einem Manne oder einer Frau zustehen, die ganze Familie derselben mit dem Berechtigten wohnen könne, so weit ein solches Zusammenleben gewöhnlich ist, also Gatten, Kinder, Schwiegertöchter und Schwiegersöhne, und ohne Rücksicht darauf, ob schon zur Zeit der Errichtung des Usus diese Familienglieder vorhanden sind, oder ob sie erst später als solche eintreten[x]). Ferner kann der Usuar seine Dienstleute dort wohnen lassen, mögen sie frei oder unfrei sein, und namentlich, was für römische Verhältnisse von Wichtigkeit war, auch die Freigelassenen und Clienten[y]). Außerdem darf er Gastfreunde dort einquartiren, obgleich dies zuerst Widerstand gefunden zu haben scheint[z]) und immer bei dem Usus zu Gunsten einer Frau

---

x) § 2 J. de usu, II, 5; l. 2 § 1, l. 4 § 1 — l. 6 de usu; arg. leg. 111 de V. O. 45, 1.

y) § 2 J. de usu; l. 2 § 1, l. 3, l. 6 de usu.

z) § 2 J. de usu.; vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat..

die Beschränkung erlitt, daß es nur ein solcher Gastfreund sein dürfe, mit dem sie, ohne den Anstand zu verletzen, zusammen wohnen dürfe [aa]), weil man annehmen mußte, daß nur das den Absichten der Constituen entsprach. Während diese Bestimmungen durchaus mit dem Begriffe des Usus, wie wir ihn oben aufgestellt haben, in Einklang stehen, widerstreitet demselben aber, wie jedoch auch allen andern Begriffsbestimmungen des Usus, eine Behauptung Ulpians in den zusammenhängenden Stellen, l. 2 § 1 und l. 4 pr. de usu, indem er dort sagt:

> Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro Posteriorum. Et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere . . . .
>
> Proculus autem de inquilino notat, non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum; quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?

Daß hier eine singuläre Entscheidung gegeben wird, die sich von den sonstigen Grundsätzen des Usus, wie sie anderswo so bestimmt und auch in Beziehung auf den usus domus von Justinian in den Institutionen [bb]) ausgesprochen werden, wird sich nicht leugnen lassen; ob schon Labeo und Proculus sie theilten, oder ob sie nur gestatten wollten, daß der Usuar auch solche, die nicht seine Freigelassenen, Klienten u. s. w. waren, wenn es ihm das Wohnen im Hause angenehmer mache, umsonst dort als Inquilim aufnehme, und ob Ulpian erst ein Recht zum eigentlichen Vermiethen daraus machte, läßt sich nicht mit Sicherheit erkennen. Dazu veranlaßt wurde er aber wohl durch die Beobachtung, daß wenn der Eigenthümer das Wohnen eines Fremden im Hause dulden müsse, der Umstand, ob ein Miethvertrag zwischen Inquilinen und Usuar abgeschlossen sei, ihm, dem Dritten gegenüber doch ganz gleichgültig sein müsse, und daß ferner der Usuar es in seiner Hand habe, falls sich der Eigenthümer solche Weitervergabung seines Hauses nicht gefallen lassen

---

aa) L. 7 de usu.

bb) § 2 J. de usu . . . hactenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest.

wolle, auf andere Weise, wie z. B. durch lebhafteren Verkehr u. s. w. das Haus weit mehr zu belasten, als es dieser Inquiline thue. Die Zimmer des Hauses, welche der Usuar für sein gewöhnliches Leben nicht benutzte, durfte der Eigenthümer doch der Regel nach nicht für sich benutzen [cc]), da es zum vollen Gebrauch eines Hauses auch gehört, daß man, wie Pomponius in l. 22 § 1 de usu sagt, mit den Zimmern von Zeit zu Zeit wechseln könne, und da, was wohl noch mehr der wahre Grund sein mochte, das Bewohnen des Hauses nur dann mit der gehörigen Befriedigung möglich ist, wenn man in ein seiner Bauart nach nur für eine Familie bestimmtes Haus nicht unfreiwillig Dritte aufzunehmen braucht. Daß nun aber solche Betrachtungen eine derartige, wenn auch billige, so doch singuläre Entscheidung hervorrufen konnten, beweißt nur die Richtigkeit der oben von uns aufgestellten Behauptung, daß die Vorschriften, wonach jedes Ertragspartikelchen unmittelbar vom Usuar selbst genossen werden müsse, von den Realservituten, wo sie um der Natur dieser Institute willen entstehen mußten, künstlich auf den Usus übertragen und bei diesem keineswegs naturwüchsig sind. Daß aber um dieser Zulassung eines Dritten zu der Ausübung des Usus und um des daraus dem Usuar zufließenden Geldgewinns willen der Charakter des Usus nicht ganz aufgegeben ist, sondern sich in der Hauptsache noch immer erhält, geht aus dem besondern Nachdruck hervor, der immer wieder darauf gelegt wird, daß Andere nur das Haus bewohnen können, wenn der Usuar es auch selbst bewohnt [dd]), so daß

---

cc) Nur der Regel nach, denn wo ausdrücklich nur der Usus an einem Theile des Hauses legirt war, wie im Fall der l. 11 usufr. quemadm. 7, 9 und der l. 33 de leg. III, 32, oder wo schon aus der ganzen Einrichtung des Hauses erkannt werden kann, wie es mehreren Familien Wohnung geben soll, da wird auch diese exklusive Benutzung des Hauses durch den Usuar ihre Grenzen haben, und so erklärt es sich, daß Paulus in l. 18 de usu noch trotz dem Usus an einem Hause von Früchten dieses Hauses spricht, die der Eigenthümer daraus ziehe, also daran denkt, daß andere Theile desselben vermiethet seien, ja solches fast als den regelmäßigen Fall vorauszusetzen scheint.

dd) Außer in der angeführten l. 4 pr. de usu namentlich in l. 8 pr. *Ulpianus.* — Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum.

der Gesichtspunkt immer möglich bleibt, sie wohnten dort nur, um dem Usuar das Wohnen angenehmer oder nützlicher zu machen, und sie wären also nur die Mittel, mit denen er sein Wohnungsrecht ausübe.

Für den Usus an Sklaven ist wieder vorgeschrieben, daß man sie nur zu dem Dienst seines eigenen Hausstandes und also auch zu dem seiner Frau und seiner Kinder brauchen dürfe[ee]), daß damit aber nicht ausgeschlossen sei, daß der Usuar sie zu einzelnen Arbeiten anhalten dürfe, die er für Andere zu liefern übernommen habe, wie z. B. zum Weben fremder Wolle, zum Bauen eines versprochenen Schiffes u. s. w. Denn für welche Sache er sie verwende, darauf komme nichts an, wenn er sie nur in seinem Dienst verwende[f]). Und zunächst ist es ja auch immer eine Arbeit, die das eigene Interesse des Usuars betrifft, da er, um sich selbst vor der Entschädigungspflicht zu sichern, dieselbe vollendet sehen muß, und in dieser ganzen Bestimmung liegt daher auch nicht eine singuläre Erweiterung des Usus, sondern nur eine Consequenz des allgemeinen Princips. Diesem entspricht auch, was hinsichtlich des usuarischen Anrechts auf den Erwerb des Sklaven bestimmt wird; denn wenn das, was derselbe ex operis gewinnt, dem Usuar zufiele, so würde dieser ja statt des ihm nur unmittelbar Zukommenden ein Aequivalent empfangen, welches zu einer dauernden Bereicherung führte, und deßhalb wird ihm auch dieses abgesprochen[gg]); dagegen aber hat er ein vollständiges Anrecht auf Alles, was der Sklave mit den Sachen des Usuars [ex re] erwirbt[hh]), weil es hier der unmittelbare Dienst des Sklaven ist, der auf die eigenen Sachen des Usuars verwandt ist, und da eine solche Verwendung durchaus in der Befugniß dieser Letztern liegt, so muß auch das auf diese Weise Erreichte ihm zustehen.

Ist der Usus an Zugthieren bestellt, so sollen sie, wie die Sklaven, nur zu eigenen Arbeiten des Usuars verwandt und nicht vermiethet werden, ja selbst nicht in der Rennnbahn dienen, da auch

---

ee) § 3 J. de usu; l. 9, l. 12 § 5 de usu.

ff) L. 12 § 6 de usu.

gg) L. 14 pr. daselbst.

hh) L. 14 pr., l. 16 § 2, l. 20 daselbst.

das gleichsam eine Art von Vermiethen sei; nur da, wo die Constituenten wußten, daß der Usuar Pferdebändiger sei und daher Pferde hauptsächlich nur zu diesem Zwecke brauche, soll es so angesehen werden, als ob sie zu dieser Benutzungsweise zugestimmt hätten[ii]). Damit wird also, wenn wirklich die Benutzung im Cirkus dem Vermiethen ähnlich war, eine partielle Veräußerung der Befugniß zugestanden, aber sie wird auch so dargestellt, als ob die Constituenten den Charakter des Usus in etwas aufgegeben hätten, und vermag daher unser obiges Princip nicht anzugreifen. Am eigenthümlichsten gestaltet sich der Usus in seiner Anwendung auf Heerdenvieh. Labeo wollte daraus nur das Recht auf den Dünger ableiten, Ulpian gesteht aber daneben noch, freilich im Gegensatz zu den Institutionen[kk]), mit Berufung auf die Nothwendigkeit einer benigna interpretatio letztwilliger Verfügungen dem Usuar ein mäßiges Quantum Milch zu, wogegen aber auch er ihm die Jungen und die Wolle der Schafe durchaus abspricht[ll]). Man hat den innern Grund dieses Unterschiedes vielfach verkannt, oder wohl gar ganz das Vorhandensein eines solchen geleugnet, und doch ergiebt er sich mit Nothwendigkeit aus dem Begriffe des Usus. An der Milch mußte man dem Usuar ein Recht gewähren, nachdem man ihm, falls der Usus an einem Grundstück haftete, einen Anspruch auf das dort gezogene Korn u. s. w. gegeben hatte; aber man konnte es auch wieder nur soweit, als der Usuar sie unmittelbar in seinem Haushalte verwenden konnte, und nicht, um sie verkaufen zu lassen, und deßhalb spricht Ulpian auch nur von modicum lac. Die Wolle aber wird da, wo sie ihrem regelmäßigen Zwecke gemäß, an den die Constituenten ja wahrscheinlich allein dachten, verwandt wird, zu Kleidern verwebt; dadurch könnte sie nun allerdings unmittelbar für die Person des Usuars nützlich werden, und die Schwierigkeit, welche es machen würde, zu controliren, ob nun auch wirklich grade die bestimmte vom usuarischen Schafe bezogene Wolle zu dem Kleide des Usuars verwandt wird, könnte es allein noch nicht herbeiführen, daß der Usus

---

ii) § 3 J. de usu; l. 12 § 4 de usu.

kk) § 4 J. de usu.

ll) L. 12 § 2 de usu.

nicht auch diese Wolle ergriffe. Aber ein wollenes Kleidungsstück ist nicht etwas, was man alsbald verbraucht, wie die Lebensmittel, ja selbst nicht etwas, was regelmäßig mit jedem Jahr nothwendig ersetzt werden muß, so daß bei jeder neuen Schafschur die Resultate der vorigen vom Usuar consumirt wären, sondern es würde durch dasselbe das Vermögen des Usuars dauernd vermehrt und darum der Begriff des Usus verlassen sein, wenn er auch darauf einen Anspruch gewähren sollte.

Ueber die Grenzen desselben hinaus geht eine von Pomponius in l. 22 de usu berichtete Entscheidung Hadrians, die lautet:

> Divus Hadrianus, quum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque iis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.

Wenn man beim usus silvae strenge an den Begriff des Usus hätte festhalten wollen, so würde der Usuar neben dem allerdings meisten Theils werthlosen Recht, darin spaziren zu gehen, auch die Befugniß haben, dort Holz zu schlagen, aber nur so weit, als er es für seinen Haushalt als Brennholz verwenden kann, (lignum ad usum quotidianum)[mm]); erhielte er auch Bau- oder Nutzholz, so führte das zu einer dauernden Bereicherung, wie sie ihm nicht zusteht. Bei der großen Bedeutung, die in unserm Leben das Brennmaterial einnimmt, würden wir geneigt sein, in dem Legat, welches uns den freien Bezug desselben sichert, eine werthvolle Bedenkung zu sehen, die zum vollen Dank gegen den Testator verpflichtete; die Römer mußten die Sache anders ansehen und wenigstens in den Fällen, die Hadrian im Auge hatte, mußte der Brennholzbezug, weil etwa die Usuare keinen eigenen Heerd hatten, oder der in Italien ohnehin geringere Bedarf mit so geringen Kosten befriedigt werden konnte, einen so untergeordneter Factor im Leben der Honorirten bilden, daß man nicht annehmen konnte, daß die Erleichterung desselben die einzige Absicht der Testatoren gewesen sei, und deßhalb hielt sich Hadrian verpflichtet, den Worten des Testaments einen Sinn zu unterlegen, welcher das Legat zu dem eines Ususfructs machte. In ähnlicher

---

mm) Arg. leg. 12 § 1 de usu.

Weise erkannten in einem andern Falle eine Reihe von Juristen, indem nach Julian, Pomponius und Ulpian das Legat eines Usus an Geld oder sonstigen Consumtibilien als das Legat eines Ususfructs angesehen werden sollte, eine Entscheidung, die um so begründeter war, als das Institut des Usus seiner Natur nach auf Consumtibilien nur gewaltsam anwendbar war. Denn wenn der Usuar von den Zinsen des Geldes u. s. w. auch nur so viel brauchen sollte, als er für sein regelmäßiges Bedürfniß nöthig hatte, so mußte er doch in die Möglichkeit versetzt sein, jeden Augenblick, wenn das Bedürfniß eintrat, das Geld anzugreifen, und also würde er verlangen können, daß es ihm beim Anfang des Usus herausgegeben würde. Damit müßte es aber in sein Eigenthum übergehen, da der Cautionsberechtigte auch hier nur tantundem nicht idem würde fordern können, und damit würde der Letztere alles Interesse daran verlieren, ob der Usuar es wirklich ganz oder nur zum Theil für seine Zwecke benutzt. Die einzige Möglichkeit, ein usuarisches Verhältniß am Gelde zu construiren, bestände nur darin, daß das Geld theilweise in den Händen des seitherigen Eigenthümers bliebe, und der Usuar, wenn er es haben wollte, beweisen müßte, daß die Zinsen des seither Empfangenen nicht zu seinem regelmäßigen Bedürfniß hinreichen und daß er dagegen versprechen müßte, schon theilweise zu restituiren, wenn sich sein Bedürfniß mindert. Wollen aber die Constituenten Derartiges, so hätten sie es wohl ausdrücklich anordnen müssen, und dann bliebe noch die Schwierigkeit, zu bestimmen, wie groß grade immer das Bedürfniß des Usuars im Sinne der Constituenten sei, da es für eine solche Entscheidung so ganz an äußern Anhaltspunkten fehlt, und der Usuar auch die größten Geldsummen noch immer mit Nutzen in seinem Dienste würde verwenden können. Darum hatten jene Juristen gewiß Recht, wenn sie die kurze, unbestimmte Anordnung eines Usus an Geld als die eines Quasiususfructs daran ansahen.

Wir haben bei Prüfung der einzelnen Entscheidungen über den Inhalt der servitus usus, wenn wir von den beiden zuletzt besprochenen bewußten Abweichungen von dem Begriff derselben wegen Mängel der Voraussetzungen, und ebenso von der oben erwähnten geringen Anomalie beim Usus eines Hauses absehen, überall unsere

obige Begriffsbestimmung bestätigt gefunden, und können daher den Usus als eine Schöpfung anerkennen, die aus Elementen der Realservituten und des Usufructs hervorgegangen ist. Von jenen dürfen aber nur die Regeln herübergenommen werden, welche sich auf die seither besprochenen Beschränkungen der Nutzungsbefugnisse beziehen; im Uebrigen muß die Analogie des Usufructs überall entscheiden, wo nicht die Eigenthümlichkeit des Usus Abweichungen nöthig macht. Dies wird in den Quellen durchaus anerkannt hinsichtlich der Lehre von der Entstehung und dem Untergang des Usus [nn]), nur daß eine theilweise Bestellung desselben oder ein theilweiser Untergang unmöglich ist [oo]). Das rechtfertigt sich aus dem, was wir oben [§ 55 S. 540] über die Gründe der Theilbarkeit des Usufructs gesagt haben, die wir dort ja mit dem Satz in Zusammenhang brachten, daß der Usufructuar jede einzelne Ausübungsbefugniß Andern übertragen kann. Das steht dem Usuar nicht zu, und so müßte er, hätte er nur einen halben Usus, auch selbst jede Gebrauchshandlung nur zur Hälfte ausführen, und ebenso der Usuar der andern Hälfte, was aber eine Unmöglichkeit ist. Durch diesen Satz wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß Zweien oder Mehreren an ein und derselben Sache ein Usus bestellt werden kann, sei es in der Weise, daß der Ertrag der Sache so bedeutend ist, daß wenn der Einzelne sein Bedürfniß damit befriedigt hat, doch genug übrig bleibt, daß noch Einer oder mehrere Andere daran ebenfalls ihren Bedarf befriedigen können, sei es, daß jeder der mehreren Usuare von Anfang an nur einen beschränkten Usus erhält und nur einen Theil seines Bedarfs

nn) Pr. J. de usu II, 5; l. 3 § 3 de usufr. 7, 1; l. 1 § 1 de usu. Man hat freilich behaupten wollen, der Usus gehe wie die habitatio nicht durch non usus verloren, aber dies kann aus der dafür angeführten l. 10 pr. daselbst nicht gefolgert werden und jene allgemeine Regel spricht entschieden dagegen. Zachariä von Lingenthal (die Unterscheidung zwischen serv. rusticae und urbanae (S. 68) theilt auch ein Fragment des Pandectencommentars mit, der wahrscheinlich von dem unter Justinian lebenden Antecessor Stephanus stammt, worin aus Papinians und Ulpians Aussprüchen gefolgert wird, daß sich der Usus darin von der habitatio scheide, daß er durch Nichtgebrauch untergehe.

oo) L. 19 daselbst.

aus der usuarischen Sache beziehen soll. Eine solche Beschränkung wird schon immer vorhanden sein, wo Mehreren gleichzeitig ein Usus an einer Sache bestellt wird, welche für sie Alle nicht hinreicht. Wie zwischen diesen mehreren Usuaren kein communionsartiges Verhältniß entsteht, wie aber doch ein utile iudicium communi dividundo im Falle von Zwistigkeiten unter einander erhoben werden kann, folgt aus dem § 7 S. 73 Gesagten. Eine singuläre Eigenthümlichkeit des Usus, die auch als solche in den Quellen durchaus aufgefaßt und als vom Prätor aus Nützlichkeitsgründen eingeführt dargestellt wird, kann in diesem Falle eintreten, indem der Richter, wie wir schon früher § 26 S. 223 besprachen, die Machtvollkommenheit hat, zur Abschneidung der Streitigkeiten dem Einen der Usuare gegen Geldentschädigung an die Anderen die Ausübung der Befugnisse dieser zu überweisen.

Mit der Untheilbarkeit des Usus steht es auch in Verbindung, daß das dem Ususfruct eigenthümliche Accrescenzrecht bei ihm keine Anwendung findet[pp]), indem, wenn Mehreren an einer Sache ein Usus legirt ist, keinerlei Band unter denselben besteht, welcher ein solches rechtfertigen könnte, ja wenn sich diese mehreren Usuare gegenseitig in ihrer Nutzungsbefugniß beschränken, so bleibt diese Beschränkung auch bestehen, wenn einer oder der andere der Usuare wegfällt, da der Testator eben nur einen solchen beschränkten Usus legirt hat. Wollte er, daß nach dem Wegfall des Einen die Befugniß des Andern sich erweitern solle, so hätte er das ausdrücklich anordnen müssen, und wird man für eine derartige Veränderung eines einmal constituirten Usus nicht vermuthen können.

---

pp) Griesinger hat in einer Schrift („Theoretischer Beweis, daß das Anwachsungsrecht bei der Personalservitut des usus stattfinden könne. Stuttg. 1794") die entgegengesetzte Ansicht ausgeführt, und ihm folgen Manche, z. B. von Vangerow, Leitfaden Bd. II § 534; aber sie gehen dabei von der Ansicht aus, daß wenn Mehreren ein Usus an derselben Sache zustehe, dies nur dadurch civilistisch möglich werde, daß jeder von ihnen zwar einen ganzen Usus, aber nur an einem ideellen Theile der Sache habe. Aber ein ideeller Theil ist doch ein ganz unbrauchbares Ding, welches nur benutzt werden kann, wenn die sämmtlichen Innehaber ideeller Theile Einem die Benutzung gestatten, was nach den Ausführungen des Textes nicht möglich ist.

Mit dem Usufruct theilt der Usus die Cautionslast, und hatte der Prätor ausdrücklich eine entsprechende Aenderung der usufructuarischen Cautionsformel hierfür angeordnet [qq]). Die nahe Verwandtschaft zwischen beiden Instituten und die mancherlei Vortheile, welche die Caution für den Eigenthümer hatte, führte dahin, dies erprobte Mittel auch alsbald auf den Usus zu übertragen, wenn gleich die Gründe, welche dasselbe beim Usufruct nach unserer früheren Darstellung entstehen ließen, hier nicht immer alle vorhanden sind. Denn grade daraus, daß der Usufructuar neben dem Quasibesitz seines Rechtes die Detention der körperlichen Sache erhält und sie also ganz der Einwirkung und Aufsicht des Eigenthümers entzieht, leiteten wir das Bedürfniß eines besondern Sicherungsmittels des Letztern ab, wie es bei den Realservituten unnöthig ist; die Detention der Sache geht aber unsers Erachtens, wenn gleich man das Gegentheil zu lehren pflegt, keineswegs immer auf den Usuar über, wenn gleich keine Stelle unserer Quellen auf diesen Unterschied ausdrücklich aufmerksam macht [rr]). Wo aber der Usuar nur einzelne, verhältnißmäßig untergeordnete Befugnisse der usuarischen Sache gegenüber geltend zu machen hat, und z. B. auf dem Gute nur wohnen und spaziren gehen kann, der ganze landwirthschaftliche Betrieb aber in den Händen des Eigenthümers bleibt, da muß man auch zugestehen, daß dieser nach wie vor in der Detention der körperlichen Sache sei und der Usuar nur den Quasibesitz an seinem Rechte habe, wie ihn die Realservitutberechtigten zu haben pflegen, und wenn er daher diesen seinen Besitzstand überschreitet und Befugnisse, die ihm nicht zukommen, an der Sache in Anspruch nimmt, so wird der Eigenthümer ihn nöthigenfalls gewaltsam daran verhindern können und bedürfte der Caution nicht, um sich dem gegenüber zu schützen. Oft

---

qq) L. 5 § 1 usufruct. quemadm. 7, 9. Ulpianus. — Sed si usus sine fructu legatus erit, ademta fructus causa satisdari iubet Praetor; hoc merito, ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur. —

rr) Nur Papinian fühlt das Bedürfniß, in l. 11 usufruct. quemadm. 7, 9 darauf hinzuweisen, wie der Usuar einer Wohnung auch dann Caution stellen müsse, wenn er mit dem Eigenthümer im Hause zusammenwohnen solle, also die ausschließliche Detention des Hauses gar nicht auf ihn übergegangen ist.

aber wird die Detention der körperlichen Sache auch auf den Usuar übergehen. Das leuchtet am ersten ein bei beweglichen Sachen, wenn derselbe ihre ganze Nutzbarkeit für seine Zwecke in Anspruch nimmt, und z. B. die Sklaven in seinem Hause hält, um sie ganz zu seinen Diensten zu verwenden; dasselbe ist aber auch bei unbeweglichen Sachen möglich, wenn, wie es vorkommen kann [vgl. l. 15 pr. de usu], durch den Usuar der ganze Ertrag des Gutes in Anspruch genommen wird und demnach keine Handlung des Eigenthümers dort mehr geduldet zu werden braucht [**]). Aber auch, wenn diesem noch eine oder die andere vereinzelte Befugniß geblieben ist, indem er z. B. noch auf einem großen im Usus befindlichen Gute einen Steinbruch benutzen kann, auf den ja der Usuar keinen Anspruch haben wird, so wird man doch die Detention des Ganzen dem Usuar zugestehen müssen und der Eigenthümer wird nur in seinen einzelnen Befugnissen mit seinen Besitzinterdicten geschützt und darf den Usuar in Nichts, was nicht die bestimmten ihm gebliebenen Befugnisse berührt, mit Gewalt hindern. Denn es wäre unbillig, wenn nicht der Usuar, der die Sache fast in allen Beziehungen ausbeuten darf, sie auch nach Art des Usufructuars zu vertreten hätte, und dazu muß er, wie dieser, Detentor des Körpers sein. Die Grenze zu finden, wo die Detention des Usuars beginnt und die des Eigenthümers aufhört, kann allerdings in den einzelnen Fällen höchst schwierig sein; im Zweifel wird man jedoch immer dafür sein müssen, daß die Detention bei dem geblieben ist, bei welchem sie früher war, also beim Eigenthümer. Bei unbeweglichen Sachen wird dann auch oft eine verschiedene Detention an den verschiedenen Theilen angenommen werden dürfen, so daß der Usuar die Theile des Guts, welche ihm zur Erzielung der ihm zukommenden Früchte überwiesen sind, ausschließlich detinirt, während die Theile, an denen er nur einzelne Befugnisse hat, wie z. B. etwas Obst zu pflücken und die, welche der Eigenthümer ganz ausschließlich beerntet, unter dessen Botmäßigkeit stehen.

[**]) Hier wiederholt sich die singuläre Vorschrift des Pomponius in l. 16 de usu, wonach der Eigenthümer das usuarische Haus oder Landgut durch einen insularius oder saltuarius bewachen lassen darf. Für diesen Fall gilt hier denn auch das oben [§ 51 S. 456 Anm. d] Gesagte.

Was weiter die Lasten betrifft, welche auf der usuarischen Sache haften, so findet sich dafür nur eine Entscheidung[tt]), wonach beim Usus an einem Hause die Zustandhaltung des Daches dem Usuar und dem Eigenthümer obliege; wenn aber der Letztere einen Geldertrag aus dem Hause ziehe, so habe er allein die Verpflichtung — wenn dies nicht der Fall sein könne, so liege sie allein dem Usuar ob. Also erst wenn der Eigenthümer nichts mehr aus der Sache ziehen kann, wird er von aller Last frei; so lange er aber noch selbst etwas daran benutzt, kann er möglicher Weise auch noch Früchte daraus ziehen, und muß also die Last ganz auf sich nehmen. Ein allgemeines Princip habe ich aus dieser Entscheidung nicht zu construiren vermocht, vielmehr scheint es mir im höchsten Grade unbillig, wenn man dieselbe generalisiren und annehmen wollte, daß überall wo der Eigenthümer neben dem Usuar nur etwas an Früchten ziehe, er allein die ganze Abgabenlast, die Reparaturkosten und was sonst zu den Lasten einer Sache gehört, wie sie doch nach den Ausführungen in § 53 S. 501 von dem Nutznießer getragen werden, auf seinen Antheil an den Gewinn der Sache übernehmen müsse, zumal sie diesen Antheil weit übersteigen können. Vielmehr scheint mir in den besondern Verhältnissen der l. 18 der Grund jener Entscheidung zu liegen, und läßt sich nicht leugnen, daß wenn der Testator dem Usuar eine Wohnung in einem größern Hause, in dem noch allerlei Miethwohnungen sind, die Miethzins abwerfen, hat zuwenden wollen er wahrscheinlich die Absicht gehabt hat, den Usuar in eine ähnliche Lage zu setzen, wie sie die Miether durch den Miethvertrag erlangen, und wie diese nicht für das Dach Sorge zu tragen brauchen, so wollte er auch dem Usuar nicht eine derartige Last aufbürden, sondern diese sollte beim Eigenthümer verbleiben. Wo solche besondere Umstände nicht einen abweichenden Willen der Constituenten erkennen

---

tt) L. 18 de usu. Paulus.— Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat; si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet.

lassen, wird man keinen andern Ausweg haben, als daß man die auf der Nutzung ruhenden Lasten [vgl. § 53] unter Eigenthümer und Usuar, oder, wo neben den Usus noch ein Ususfruct besteht [vgl. § 20 S. 188], unter Usuar und Fructuar nach Verhältniß des Werths ihrer Befugniß zu vertheilen sucht. Weigert sich der Usuar seiner Verpflichtung, so wird er mit der Klage aus der Caution und den sonstigen Zwangsmitteln, wie sie im analogen Falle gegen den Usufructuar zulässig sind, zur Erfüllung genöthigt werden können, während gegen den Eigenthümer oder die sonstigen Usuare oder Fructuare das Mittel der Retention helfen muß.

Drittes Kapitel.

Die anomalen Personalservituten.

---

§. 60.

Habitatio [a]).

Die habitatio, das Wohnungsrecht, wird nirgends in den Quellen ausdrücklich als Personalservitut aufgeführt, sondern dies wird fast, wie es scheint, absichtlich vermieden [b]), gleichwohl aber wird sie doch immer im engsten Anschluß an dieselben, namentlich an den Usus,

---

a) Der Ausdruck habitatio wird, ähnlich wie unser Ausdruck „Wohnung", in den Quellen in verschiedener Bedeutung gebraucht. Einmal bezeichnet er den Ort, wo man wohnt, ist also gleichbedeutend mit Haus z. B. in l. 1 § 2 de aleator. 11; 5, l. 20 § 2 de instructo vel instrum. leg. 33, 7; sodann das Recht auf eine Wohnung und zwar sowohl das dingliche Recht, wie wir es in diesem § besprechen werden, als auch das durch Miethvertrag u. s. w. erworbene Forderungsrecht z. B. in l. 5, l. 19 § 6, l. 25 § 1, l. 27, l. 28 pr. locatio cond. 19, 2, endlich auch die Geldsumme, um welche man sich ein Wohnungsrecht verschaffen sollte, z. B. in l. 12 § 5 quando dies leg. 36, 2; l. 8 § 25 de transact. 2, 15. In diesem letztern Sinne wird das Wort in l. 11 de usu leg. 33, 2 gebraucht, wo Julian sagt: Habitationis legatum in annos singulos ab initio anni deberi constat, ein Ausspruch, der, wenn man ihn seiner Stellung in den Pandekten gemäß auf die Personalservitut bezieht, unverständlich bleibt und z. B. auch der l. 15 daselbst durchaus widerspricht. Vgl. hierüber E. Klooß, über die Lehre von der habitatio. Rostock 1839, § 10.

b) Vgl. § 2 J. de reb. incorp. II, 2; l. 1 de serv. 8, 1.

behandelt[c]) und auf die große Aehnlichkeit zwischen ihr und dem letzteren hingewiesen. Das geschieht besonders auch in der Stelle, welche eine der wichtigsten für diese ganze Lehre ist, in der l. 10 pr. de usu, wo Ulpian sagt:

> Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consensit libro octavo decimo Quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.

Darnach wird es keinem Zweifel unterliegen dürfen, daß die habitatio wirklich ein dingliches Recht ist, und zwar, wie schon aus dieser Stelle folgt, des Inhalts, daß man einen Anspruch auf das Wohnen in einem Hause hat. Diesen Charakter der Dinglichkeit haben freilich eine große Anzahl unserer Juristen dadurch in einer Beziehung geschwächt, daß sie annehmen, die habitatio sei beim Tode des Eigenthümers, welcher sie constituirte, alsbald erloschen, und für diesen Satz, den man damit in Zusammenhang bringt, daß dies Recht meistens als Almosen verliehen worden sei und ein persönliches Band zwischen Habitator und Verleiher vorausgesetzt habe, beruft man sich auf die Entscheidungen Papinians und Scävolas in l. 27 und 32 de donat. 39, 5[d]). Daraus aber, daß in

---

c) Vgl. tit. Inst. de usu et habitatione II, 5; tit. Dig. de usu et habitatione 7, 8; tit. Dig. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis 33, 2; tit. Cod. de usufructu et habitatione et ministerio servorum 3, 33.

d) L. 27. Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: Quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi, *habitare in illo coenaculo eoque uti.* Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus; et quum de ea re mecum contulisset, dixi, posse defendi, non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse; quodsi expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, de-

l. 27 der Jurist die Frage, ob die im vorliegenden Falle constituirte Wohnungsgerechtigkeit auch den Erben des Bestellers gegenüber behauptet werden könne, von der Entscheidung der anderen Frage abhängig macht, ob eine reine Schenkung vorliege, oder ob dem Errichtungsgeschäft auch eine andere Seite abgewonnen werden könne, und daß er, nachdem er angedeutet hat, auf welchem Wege dies möglich sein werde, dem Nicostratus Hoffnung auf Erhaltung seines Rechts macht, wird man mit Sicherheit schließen dürfen, daß nur die schenkweise Constituirung, wenn sie in der Weise geschah, wie sie Aquilius Regulus vornahm, Bedenken gegen die Dauerhaftigkeit eines solchen Rechts erzeugen mußte, und da im Falle der l. 32, wo ein Wohnungsrecht unbedingt als widerruflich erklärt wird, die Errichtungsweise ganz dieselbe gewesen ist, so wird auch diese Entscheidung aus dem gleichen Grunde hervorgegangen sein und von ihr nicht auf jede Art von habitatio zurückgeschlossen werden dürfen. Schon Cujac ahute[e]), daß, da uns keine Gründe bekannt sind, welche eine schenkweise Errichtung der habitatio ausschließen, in den besondern Bestimmungen der lex Cincia die Rechtfertigung obiger Entscheidungen zu suchen sei, und durch die Vatikanischen Fragmente finden wir dies, wenn auch in anderer Weise, als wie er es sich dachte, bestätigt. Denn da in beiden Fällen die Errichtung nur durch einfachen Vertrag vor sich gegangen war, dem die Ausübung des ertheilten Rechts und also Quasitradition gefolgt zu sein scheint, so waren die Anforderungen, wie sie die lex Cincia stellte, nicht befriedigt, indem, so lange die Mancipation fehlte, die vollständige Absonderung der geschenkten Sache vom Schenker, wie sie jenes Gesetz für Schenkungen einer bestimmten

---

fendendus erit, quasi loco possessoris constitutus, *qui usum coenaculi accepit.*

L. 32 Lucius Titius epistolam talem misit: Ille illi salutem. *Hospitio illo*, quamdiu volueris, *utaris* superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistola notam tibi facio. Quaero an heredes *eius habitationem* prohibere possint? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem.

e) Observ. I. 17, c. 33.; l. 21, c. 37.

Größe verlangt, nicht geschehen war [f]). Daß der Werth der Schenkung in den beiden Fällen das in der lex Cincia für formlose Schenkungen festgesetzte Maaß überschritt, werden wir dann subintelligiren dürfen. Nach Wegfall der Bestimmungen der lex Cincia haben diese Stellen nur noch Gültigkeit, wenn das Wohnungsrecht einen Wert über 400 solidi hat und doch die Insinuation versäumt ist, und wenn ferner, falls wenigstens die Wohnung alsbald von dem Erben ganz und gar revocirt werden soll, die seitherige Nutzung derselben schon jenen Werth erreichte, indem ja bis zu diesem Belauf die Schenkung gültig ist [g]). Daß nun die Compilatoren sich dieser sehr beschränkten Geltung dieser Stellen bei ihrer Aufnahme bewußt waren, das wagen wir nicht zu behaupten, allein daß wir bloß um dieser Ausnahme willen, gegen die juristische Consequenz und gegen alle äußere Wahrscheinlichkeit für eine weitere Geltung derselben und also für das Erlöschen der habitatio beim Tode des Bestellers uns entscheiden, dazu wird der Glaube an die Einsicht und Umsicht der Compilatoren uns nicht zu bewegen vermögen. Unwahrscheinlich wäre eine solche Anomalie aber schon deßhalb, weil sie uns nur in solchen Stellen berichtet würde, die ihrer Stellung im Corpus Juris nach nur beiläufig diese Frage berühren, und sie dagegen in den ex professo von diesem Institut handelnden Titeln nirgends auch nur angedeutet würde, trotzdem daß die Vergleichung mit dem Usus z. B. in der oben abgedruckten l. 10 pr. de usu die beste Gelegenheit dazu bot, und ebenso der §. 3 desselben Fragments.

Wenn wir somit nicht zweifeln können, daß die unbeschränkt bestellte habitatio zur Zeit der klassischen Juristen als ein dingliches, unwiderrufliches, für die Dauer des Lebens des Habitators

---

f) Vgl. von Savigny. Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. IV. 46. System Bd. IV. S. 95; von Buchholz Versuche S. 167—171. — Uebrigens kann es möglich gewesen sein, daß die lex Cincia die Schenkung einer werthvollern habitatio ganz ausschloß, indem eine solenne Bestellung derselben durch in iure cessio vielleicht ganz unmöglich war, weil, wie später ausgeführt wird, die habitatio nur ein vom Prätor geschütztes Verhältnis war, auf welches keine civile Klage gestützt werden konnte, und das daher auch nicht Gegenstand einer in iure cessio sein konnte.

g) L. 34—36 C. de don. 8, 54.

bestelltes Recht anerkannt war, so müssen wir auf die Frage zurückkommen, weßhalb die habitatio niemals als eigentliche Personalservitut bezeichnet wird, eine Frage, die nahe mit der andern zusammenhängt, welcher Umstand hat denn dieses Recht als ein vom usus an einem Hause unterschiedenes zur Anerkennung gelangen lassen, da doch, wie schon die oben abgedruckte l. 10 pr. de usu zeigt, der Inhalt der habitatio, bis Justinian ihn in der l. 13 C. de usufr. erweiterte, durchaus derselbe gewesen zu sein scheint, wie der eines solchen usus, und man doch allein deßhalb, weil einige Beendigungsarten, wie die l. 10. pr. sie angiebt, unwirksam sein sollten, nicht eines ganz selbständigen Instituts bedurfte, zumal durch Errichtung mehrerer eventueller oder betagter usuarischer Rechte ein solches Ziel wenigstens annäherungsweise hätte erreicht werden können. Man hat vielfach die Entstehung des ganzen Instituts dadurch erklären wollen, daß die Constituenten statt der juristischen Ausdrücke usus und ususfructus den Ausdruck habitatio gebraucht hätten, und die Juristen nun geglaubt hätten, sie müßten des anderen Namens wegen nun auch ein anderes Institut daraus bilden[h]). Allein diese Ansicht wird schon dadurch widerlegt, daß die römischen Juristen die Entstehung einer habitatio annehmen, wo die Constituenten gar nicht diesen Ausdruck gebraucht hatten, wie z. B. in der oben besprochenen l. 32 de donat.; dort war der Wortlaut des Briefes, welcher die Errichtung beweisen sollte: hospitio illo utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, und nichtsdestoweniger richtet sich die Untersuchung Scävolas darauf, ob eine rechtsbegründete habitatio entstanden sei, oder nicht, weil ihm der ganzen Sachlage nach dies Verhältniß das beabsichtigte zu sein schien. Noch unzweifelhafter geht dies aus der l. 10 § 2 de usu hervor, wo Ulpian geradezu sagt:

> Sed si sic relictus sit: *illi domus ususfructus habitandi causa*, utrum habitationem solam, an vero et usumfructum habeat, videndum; et Priscus et Neratius putant, solam habitationem legatam; quod est verum. Plane si dixisset

h) So faßt es ungefähr auch Puchta auf in seinen Pandekten § 179 und in dem Cursus der Institutionen § 255 a. E.

testator: *usum habitandi causa*, non dubitaremus, quin valeret,

und ebenso aus Justinian's Darstellung in l. 13 C. de usufr. 3, 33, wonach bei der Errichtung die Worte ususfructus habitationis fast regelmäßig gebraucht zu sein scheinen, so daß also trotz der Anwendung der juristischen Ausdrücke usus und ususfructus eine habitatio entstehen soll, wenn aus den Zusätzen hervorgeht, daß der Constituent das Verhältniß nur anordnete, um der als Legatar genannten Person eine Wohnung, die diese selbst benutzen solle, zu schaffen, und hierin werden wir denn auch das Wesentliche der habitatio für die vorjustinianeische Zeit zu suchen haben.

Aber verhielt sich das nicht ebenso beim usus eines Hauses? Nach dem, was wir im vorigen Paragraphen ausgeführt haben, werden wir dies der Regel nach nicht leugnen können, wohl aber wird eine Differenz eingetreten sein, wenn der Mensch, welcher ein Geschäft zur Errichtung einer dieser beiden Wohnungsgerechtigkeiten abschloß, fremder Gewalt unterworfen war, indem dann der Gewalthaber desselben für seine Person zur eigenen Benutzung den Usus erwarb[i]), die habitatio aber nur von dem Haussohn oder Sklaven selbst ausgebeutet werden konnte. Das wird uns freilich in keiner Stelle ausdrücklich gesagt, aber darauf hin weißt der erwähnte Umstand, daß keine capitis deminutio das Recht vernichten sollte[k]), indem daraus hervorgeht, daß eine zu Gunsten eines Sklaven oder Haussohns bestehende habitatio keineswegs an die Person des jedesmaligen Gewalthabers geknüpft sein konnte. Denn wenn durch jene Abweichungen von den Regeln der Personalservituten hätte bewirkt werden sollen, daß jede capitis deminutio, soweit sie eine Subjection unter fremde Gewalt herbeiführte, den Uebergang der habitatio in derselben Weise, wie den anderer Vermögensrechte, auf den neuen Gewalthaber zur Folge hätte, so daß dieser fortan nach seinem Bedürfniß das Recht üben dürfe, so hätte jener Satz nicht nur, falls der seitherige Berechtigte arrogirt oder zur Sklaverei verurtheilt wäre, zu einem Wechsel in der Person des

i) L. 17. de usu 7, 8.

k) Vgl. auch l. 10 de cap. minut. 4, 5.

Berechtigten geführt, wie er wahrscheinlich gar nicht in der Absicht der Constituenten lag, und wie er bei den vielen persönlichen Beziehungen, die zwischen Eigenthümer und Habitator vorhanden sein müssen, Ersterem sehr unangenehm sein konnte, sondern es hätte auch bei der Capitis Deminution, die mit der servitus poenae verbunden war, ganz an einem Subjekte gefehlt, auf welches dieses Recht hätte übergehen sollen, da ja der servus poenae ein servus sine domino war[l]). Aus dem Satze, daß die capitis deminutio den Usus nicht aufhob, folgt daher unsers Erachtens, daß die habitatio zu Gunsten der Personen, welche fremder Gewalt unterworfen waren, nicht auf die Gewalthaber derselben so überging, daß diese es selbständig fortan als eigenes Recht üben konnten, und daraus scheint uns weiter hervorzugehen, daß auch, wenn zu Gunsten einer solchen unterworfenen Person eine habitatio bestellt wurde, nicht ihr Gewalthaber sie üben durfte, sondern nur der als habitator benannte, und weiter, daß wenn die Gewalt an Andere veräußert wurde, das Wohnungsrecht nicht beim alten Gewalthaber zurückbleiben konnte, sondern den Sklaven oder Haussohn häufig in das neue dominium oder die neue patria potestas oder auch in die libertas und den status sui iuris begleitete.

Diese durchaus anomalen Sätze, zu welchen wir hierdurch gelangen, erhalten aber eine wesentliche Stütze durch die Bestimmungen des römischen Rechts über Alimente, zumal zu diesen neben Speise und Kleidung auch die Wohnung gerechnet wurde[m]), und daher Ertheilung eines Wohnungsrechtes immer als eine partielle Alimentirung erscheint. Waren einem Skl. ven, der in voller unbeschränkter

---

l) L. 3 pr. § 1 de his quae pro non scripto 34, 8.

m) L. 6 de alim. 34, 1. Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest. Thibaut (civilistische Abhandlungen II, S. 18 ff.) weißt schon auf den Zusammenhang der habitatio und der Alimente hin, ohne diesen weiter zu verfolgen. Mehr darauf eingegangen ist Chr. Fr. Elvers in der Abhandlung über den Gegensatz von ius und factum (in der Themis, Neue Folge Bd. I S. 13 ff.), dessen Ansichten weiter ausgeführt sind von seinem Schüler Klooß in der oben angeführten Abhandlung. Von Savigny (System Bd. II, S. 110) hat denselben Weg eingeschlagen und ihn in den obigen Consequenzen verfolgt.

Gewalt seines Herrn stand, Alimente für diesen vermacht, so soll das allerdings, wie es in l. 42 de cond. 35, 1 heißt, unzweifelhaft ein Legat für den Herrn, nicht für den Sklaven sein, aber der Herr wird doch die Lebensmittel, die er in Folge des Legats erhält, nur so lange fordern können, als er den Sklaven besitzt; und nur auf diesen verwenden können, und will er ihn daher verkaufen, so kann er die Alimentation desselben nur dadurch conserviren, daß er den Anspruch mit dem Sklaven cedirt und ebenso bei der Freilassung des Sklaven an den Freigelassenen abtritt. Daß aber das Legat der Alimente ein Legat zu Gunsten des Herrn sei, wird nur da angenommen worden sein, wo das Interesse des Herrn und des Sklaven dasselbe war und eine Alimentirung des Sklaven auch dem Herrn in Folge der dadurch für ihn eintretenden Ersparung von Vortheil sein mußte. Wo sich ihr Interesse scheidet, nehmen die Juristen auch an, daß das Recht selbständig am Sklaven hafte, z. B. wenn diesem für die Zukunft die Freiheit bestimmt ist, oder er bedingt oder betagt veräußert ist, und der Herr ihn einstweilen hungern lassen könnte, ja dann erkennen sie einen solchen Anspruch auf die Alimente selbst an, wenn der Eigenthümer damit onerirt ist[n]). Ebenso sollen die, welchen Alimente durch Testament hinterlassen sind, diese nicht verlieren, wenn sie in metallum verurtheilt und also Sklaven geworden sind[o]).

Wir finden demnach die Sätze, welche wir vorhin für die habitatio deducirten, durchaus bei den andern Alimenten wieder, und können nun aus den Vorschriften, die für die Letzteren gegeben werden, wieder zurückschließen, daß wenn eine habitatio für jemanden bestellt war, der unter fremder Gewalt stand oder später einer solchen

---

n) In l. 17 de alim. leg. 34, 1 wird z. B., da Sklaven zur Bewachung eines noch nicht erbauten Tempels legirt und ihnen im Testamente Alimente ausgesetzt waren, dem Erben schon für die Zeit, wo der Tempel noch nicht fertig war, die Zahlung derselben aufgelegt, obgleich doch die Sklaven streng genommen, da das Legat noch nicht in Kraft getreten war, noch in seinem Eigenthum standen. Vgl. einen andern Fall in l. 16 de annuis leg. 33, 1.

o) L. 11 de alim. leg. 34, 1; l. 3 pr. § 1 de his quae pro non scr. 34, 8.

unterworfen wurde, der Gewalthaber, der sie, wie wir oben zeigten, niemals für sich ausüben kann, nur dann als der eigentliche Berechtigte erschien, wenn es die Absicht der Constituenten war, ihn damit zu bereichern, daß dagegen in andern Fällen das Recht dem Haussohn oder Sklaven selbst zustand, und ganz unabhängig von seinen rechtlichen Schicksalen verblieb. Ein ius, wie es das Civilrecht anerkannte, konnte deßhalb die habitatio nicht sein, da es einer der Hauptgrundsätze desselben war, daß Sklaven und Haussöhne nicht die Subjekte von Vermögensrechten sein konnten, und deßhalb vermieden die römischen Juristen es auch wohl mit gutem Grunde, die habitatio als civilrechtliche servitus zu bezeichnen, — sie gehörte vielmehr zu den nur vom Prätor geschützten Instituten, und das ist auch nur der Sinn des viel commentirten und viel mißverstandenen Ausspruchs Modestins in l. 10 de cap. minut. 4, 5, wo er den Satz, daß die durch Legat errichtete habitatio nicht durch capitis deminutio aufhört, mit den Worten rechtfertigt: videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit. Factum steht hier in dem Sinn, in welchem es öfter als das vom Prätor geschützte Rechtsverhältniß dem ius entgegengesetzt wird[p]). Davon wird denn weiter eine Folge gewesen sein, daß die habitatio nicht mit einer solennen confessorischen Klage geschützt war, deren Intention nach der Analogie der usufructuarischen lautete: ius habitationis sibi esse[q]), sondern daß nur eine utilis actio, die in factum concipirt war, darauf gestützt werden konnte, und daß häufig, wo Sklaven oder wo Hauskinder gegen ihren Vater klagten, nur die extraordinaria cognitio des Prätors helfen konnte.

Wenn wir somit eine Reihe von charakteristischen Eigenthümlichkeiten der habitatio aufgefunden haben, so wird es auch leichter sein, uns die Gründe zu veranschaulichen, welche die Entstehung derselben, als eines selbständigen Instituts, herbeiführten. Eine Verpflichtung zur Alimentirung kannte das älteste Recht durchaus nicht; wohl mag es früher Sitte gewesen sein, manche Personen zu alimentiren und zwar nicht nur Verwandte, sondern namentlich auch

p) Vgl. Chr. Fr. Elvers in dem citirten Aufsatz.

q) L. 5 pr. si ususfruct. petat. 7, 6.

Klienten und Freigelassene. Auffallend oft wiederholen sich Entscheidungen über Alimente zu Gunsten der Letztern, und auch die habitatio wird häufig als ein Recht erwähnt, welches Freigelassenen ertheilt war[r]. Wie die übrigen Alimente, so konnte auch die freie Wohnung ursprünglich gewiß jeden Augenblick vom Geber zurückgezogen werden; aber von diesem Recht wird selten Gebrauch gemacht sein, und die Sitte verbot es vielleicht schon, den einmal Aufgenommenen wieder auszutreiben. Als nun aber die Testatoren anfingen, die habitatio zu vermachen, so mußte man darum auch anerkennen, daß sie ein unwiderrufliches lebenslängliches Recht beabsichtigt hatten[s], und da nun der Prätor denselben Schutz, den er allen Ansprüchen auf Alimente gewährte, auch auf diese einzelne Form der Alimentirung ausdehnte, so gewann dies Institut jenen oben dargestellten eigenthümlichen Charakter. Unangefochten gelangte es freilich nicht dazu. Justinian hat uns in seiner l. 13 C. de usufr. 3, 33 einige der Streitfragen aufbewahrt, welche über die habitatio durchgekämpft wurden. Darnach hatten nicht nur manche Juristen versucht, sie unter den Begriff des Usus oder Usufructs unterzubringen[t], so daß Justinian sich nochmals zu der Entscheidung veranlaßt sieht: ius proprium et specialem naturam sortita est[u]), sondern in manchen Fällen, wo ein Testator eine habitatio

---

r) So in l. 5 § 1 de his, qui effud. 9, 3; l. 18 de usu leg. 33, 2.

s) Nach l. 10 § 3 de usu hat ein Rutilius namentlich für die Anerkennung dieses Satzes gewirkt; wahrscheinlich ist dies nicht Rutilius Maximus, aus dessen lib. sing. ad leg. Falcid. die l. 125 de leg. I, 30 entnommen ist, und der vielleicht erst der spätern Zeit der klassischen Juristen angehört, sondern der hier von Celsus und Ulpian citirte Rutilius ist vielleicht entweder der bekannte Staatsmann P. Rutilius, der die bonorum venditio einführte (Gaius IV, 35) und 649 Consul war, oder ein anderer Publius, der 664 Consul war. Vgl. über diese beiden Rudorf zu Anm. v § 179 von Puchta's Institutionen.

t) Dazu scheint auch Pomponius gehört zu haben, der in l. 32 de usufr. 7, 1 entscheidet, daß wenn sich der Verkäufer eines Hauses darin eine habitatio vorbehalte, dies als Usus am Hause aufzufassen sei.

u) So bezeichnet er sie auch in den Institutionen § 5 de usu II, 5 als quasi proprium aliquod ius.

angeordnet hatte, waren sogar Zweifel entstanden, ob nicht das Eigenthum an dem bezeichneten Hause habe übertragen werden sollen, da ja das Wort habitatio oft das Haus selbst bezeichnete (vgl. Anm. s), und dieses daher ganz und gar vermacht sein könnte; Justinian will diese Auslegung nur da zugelassen haben, wo aus den klarsten Beweisen [evidentissimis probationibus] eine derartige Absicht des Testators erhelle. Sodann war auch die Frage aufgeworfen, ob der Habitator das Recht habe die Wohnung ganz und gar zu vermiethen; die wahrscheinliche Absicht der Constituenten, die Analogie des Usus sprach durchaus dagegen; daß man den Anspruch auf Alimente veräußern konnte, sprach dafür. Allein der erstere Gesichtspunkt hätte überwiegen müssen, weil da, wo das Recht auf Alimente aus einer Forderung besteht, es allerdings jedem und namentlich dem Verpflichteten rechtlich gleichgültig sein muß, an wen er die einzelnen Prästationen macht, wenn diese deßhalb denselben Charakter behalten, während es dagegen für den Eigenthümer ein großer Unterschied sein kann, ob ein beliebiger Dritter das Wohnungsrecht an seinem Hause ausübt, oder der Habitator selbst, zu dem er vielleicht ein persönliches Pietätsverhältniß hat. Und grade unmittelbar an die Person des Habitators dachten die Constituenten, so daß ja nicht einmal der Gewalthaber desselben das Recht ausüben sollte. Deßhalb scheint sich auch die Majorität der römischen Juristen durchaus für die Unveräußerlichkeit der habitatio erklärt zu haben, wie es Ulpian in der oben abgedruckten l. 10 pr. de usu thut, und Justinian, der sich in der l. 13 C. für die entgegengesetzte Ansicht entscheidet und das Vermiethen der Wohnung erlaubt, kann für sich nur Marcellus anführen[v]). Er begründet seine Entscheidung, die er als ein „declinare ad humaniorem sententiam“ bezeichnet, mit den Worten: Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat? — das ist aber ein Grund, der in gleicher Weise auch zu der Veräußerlichkeit des Usus hätte führen müssen, und der die wahrscheinliche Absicht der Constituenten ganz außer Augen setzt. Justinian scheint übrigens mehr, als er es ausspricht, dadurch bewogen zu sein, daß

v) § 5 J. de usu II, 5.

bei der spätern Entwicklung des römischen Rechts, in Folge deren auch Haussöhne usufructuarische und usuarische Rechte erwerben konnten, die ihnen nach dem Erlöschen der patria potestas verblieben, in Folge deren ferner die capitis deminutio minima nicht mehr diese Rechte aufhob, während die capitis deminutio maxima und media bei den ganz veränderten öffentlichen Verhältnissen außer Gebrauch zu kommen begann, und in Folge deren sich endlich auch die Unterschiede in den Klagen mehr verwischten, das eigenthümlich Charakteristische der habitatio in den Hintergrund zu treten anfing und bei oberflächlicher Betrachtung Zweifel entstehen konnten, ob sie sich vom Usus überhaupt scheiden lasse. Deßhalb mochte Justinian es für nöthig halten, den Inhalt der Befugnisse des Habitors anders zu construiren, als den der usuarischen Befugnisse. Justinian gestattet ausdrücklich aber nur das Vermiethen der Wohnung, und es ist bestritten, ob man daraus folgern darf, daß dem Habitator jede Art von Veräußerung frei stehe. Man wird bei der Entscheidung dieser Streitfrage berücksichtigen müssen, daß der Zweck, welchen die Constituenten im Auge hatten, die theilweise Alimentirung des Habitators, durch die Vermiethung noch nicht gänzlich vereitelt wird, indem der Miethertrag zur Beschaffung einer andern, vielleicht bequemern Wohnung verwandt werden kann, — daß aber dann, wenn der Habitator sein Recht verschenken würde, dieser Zweck gar nicht erreicht werden würde, und daß deßhalb die Constituenten eine solche Verschenkung sicherlich nicht gestatten wollten; der Eigenthümer braucht sie sich also auch nach Justinian nicht gefallen zu lassen, und es gilt in dieser Beziehung noch Ulpians oft erwähnte l. 10 pr. de usu. Wird dagegen die habitatio für eine einmalige Gegenleistung verkauft oder vertauscht, so wird jene Verwendung der empfangenen Sachen zur Beschaffung einer Wohnung noch immer möglich sein und der Eigenthümer wird daher eine derartige Veräußerung nicht verhindern können [w]); nur da, wo das Wohnungsrecht durch letztwillige Verfügung hinterlassen ist, werden die Bestimmungen, welche über die

w) Kann die habitatio verkauft werden, so muß sie auch verpfändet werden können, und sind dann die Wirkungen dieselben, wie bei der Verpfändung eines Usufructs. Vgl. Büchel, civilrechtl. Erörterungen Bd. I S. 97.

Veräußerung hinterlassener Alimente gegeben sind, beschränkend einwirken, und während diese die Vermiethung nicht berührten, weil das Senatusconsult nur verhindern wollte, daß nicht leichtsinnig statt des dauernden Unterhalts eine einmalige Prästation angenommen werde[x]), wird dagegen jede sonstige Veräußerung der richterlichen Bestätigung bedürfen, und diese darf nur ertheilt werden, wenn der Ertrag wirklich dem Habitator die verlorene Wohnung zu ersetzen vermag[y]). Bis zu dieser Bestätigung wird auch der Eigenthümer das Recht des Dritten auf die Wohnung nicht anzuerkennen brauchen.

Was die sonstigen Befugnisse des Habitators, seine Verpflichtungen und sein ganzes Verhältniß zum Eigenthümer betrifft, so wird da überall die Analogie des Usus entscheiden müssen. In l. 5 § 3 usufructuar. quemadm. 7, 9 wird nur bestimmt, daß der Habitator zu caviren habe, wie der Usufructuar und Usuar caviren müsse. Weitere Entscheidungen enthalten unsere Quellen hierüber nicht. Entstehung durch Legat wird dort überall vorausgesetzt, aber es möchte kein Grund vorhanden sein, um die habitatio nicht auch durch Geschäfte unter Lebenden entstehen zu lassen. Die in iure cessio als fingirte Klage wird allerdings nicht zur Errichtung haben benutzt werden können, da ja überhaupt keine civile Klage zum Schutz dieses Instituts gegeben war[z]); wo aber ein solches Recht einmal mit Uebereinstimmung des Eigenthümers geübt war, wird der Prätor auch hier seinen Schutz nicht entzogen haben, und die Interdicte werden ihm für diesen Fall auch ausdrücklich in der oben besprochenen l. 27 de don. 39, 3 zugestanden. Seitdem die habitatio durch Stellvertreter ausgeübt werden kann, wird sie den theilbaren Rechten beizuzählen sein und sich also darin vom Usus scheiden und dem Usufruct annähern [vgl. § 55 S. 542][aa]). Daß die habitatio

x) L. 8 § 25 de transact. 2, 15.

y) L 8 daselbst.

z) Vgl. auch von Savigny System Bd. II, S. 113.

aa) Bis Justinian die habitatio veräußerlich machte, war sie natürlich untheilbar und das Accrescenzrecht des Ususfructs fand bei ihr keine Anwendung; es ist unrecht, wenn man aus l. 34 pr. de usu leg. 33, 2 eine andere Regel ableiten will, indem diese Stelle nur in einem speciellen Fall den Willen des Testators

nicht schon wie der Usufruct in Folge von Nichtgebrauch untergeht[bb]), ist eine Folge ihrer selbständigen Entwickelung; auf sie ist diese, wie wir § 40 S. 367 ff. wahrscheinlich machten, durch specielle gesetzliche Vorschrift für den Usufruct und die ältesten Formen der Realservituten eingeführte Erlöschungsart niemals ausgedehnt worden. Die usucapio libertatis aber, die, wie wir § 40 S. 360 ff. ausführten, aus einer analogen Anwendung eines Satzes der zwölf Tafeln entstehen mußte, wird auch diesem Institut gegenüber wirksam gewesen sein. Ausdrücklich anerkannt wird dies hier freilich nicht, wohl aber für die operae servorum, die in vielfachen Beziehungen der habitatio gleich behandelt werden und auch nicht durch non usus erlöschen sollen. In Beziehung auf diese sagt Ulpian in l. 2 de usu leg. 33, 2 am Ende: sed servo usucapto legatum perit, was wir, da die Römer die possessio libertatis doch nur als eine besonders qualificirte possessio der dienenden Sache auffaßten [vgl. S. 366] und demgemäß auch diese selbst usucapiren ließen, auf die usucapio libertatis werden beziehen dürfen. Wenn wir der Stelle einen andern Sinn unterlegen, wie z. B. Unterholzner, ausführliche Verjährungslehre Bd. II S. 217 es thut, werden wir vergebens nach einer Begründung desselben suchen. Diese Erlöschung durch usucapio libertatis wird jedoch bei einer Art der habitatio nicht vorkommen können, und das ist vielleicht Veranlassung, daß dieser ganze Erlöschungsgrund nicht bei der habitatio, sondern nur bei den operae servorum besprochen wird, da es sich grade um die Art handelt, welche in dem Titel de usu et habitatione nur allein besprochen wird. Ist nämlich ein Wohnungsrecht durch testamentarische Verfügung hinterlassen, so hat der Charakter desselben als hinterlassener Anspruch auf Alimente [siehe oben S. 631] Ungültigkeit jeder Veräußerung zur Folge, die nicht vom Richter bestätigt ist, und dadurch wird die Verjährung hier unmöglich sein. Die operae servorum gehören nicht zu den Alimenten, deren Veräußerung untersagt ist, und darum hat die usucapio libertatis bei ihnen einen größeren Spielraum.

---

dahin interpretirt, daß er bei Bestellung mehrerer Wohnungsrechte verfügt habe, daß wenn eins erlöscht, die der Andern einen weitern Umfang annehmen sollen.

bb) L. 10 pr. de usu 7, 8.

§. 61.

Operae servorum et animalium.

Nur sehr Weniges wird uns von diesem Institut in den Quellen berichtet, und es ist kaum möglich, daraus ein genügendes Bild desselben zu entwerfen. Die l. 5 de operis serv. 7, 7 des Terentius Clemens, der sich hier, wie anderswo[a]) als getreuer Nachfolger Julians bewährt, stellt den Satz auf:

> Operis servi legatis usum datum intelligi, et ego didici, et Julianus existimat.

ein Satz, den auch Justinian wenigstens stillschweigend zu billigen scheint, indem er ihn in einer unzweideutigen Fassung in diesen Titel aufgenommen hat, ohne eins der direct entgegenstehenden Zeugnisse anderer Juristen hinzuzufügen, und indem er in den Institutionen dies Institut ganz übergeht und es genügend findet, wenn er von Usus und Ususfruct redet[b]).

Dagegen sagt Paulus in l. 1 § 9 ad leg. Falc. 35, 2:

> — operis servi legatis, . . neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur.

und zwei Regeln, die Justinian trotz der ersteren l. 5 in das Corpus Juris und zum Theil in den Titel de operis servor. aufgenommen hat, beweisen, daß die Auffassung des Paulus eine wohl begründete ist. Denn in der l. 2 dieses Titels sagt Ulpian, daß die legirten operae durch capitis deminutio nicht erlöschen, was Papinian in l. 2 de usu leg. 33, 2 bestätigt, indem er zugleich erklärt, daß sie nicht durch non usus, wohl aber durch usucapio libertatis untergehen[c]), und ferner auch, daß der durch ein Legat derselben Berechtigte, sie vermiethen oder wenn der Sklave seine

---

a) L. 6 de vulg. et pup. subst. 28, 6.

b) Im Codex lautet allerdings die Ueberschrift des Titels 3, 33: De usufructu, et habitatione et ministerio servorum. Allein die einzige Stelle, welche das ministerium servorum erwähnt (l. 9), redet von einem Ususfruct an Sklaven, und von dem Anspruch auf die Bedienung, welcher daraus fließt, so daß auch die Ueberschrift nicht auf das Institut der operae servorum bezogen werden darf.

c) Vgl. den Schluß des vorhergehenden § 60.

Dienste selbst vermiethete, den Lohn beanspruchen könne, was sich bekanntlich Alles beim Usus anders verhält. Endlich stellt Ulpian hier noch einen besonders auffallenden Satz auf, er sagt:

> Et quia legatarius fructuarius non est, ad *heredem suum operarum legatum transmittit*, sed servo usucapto legatum perit.

Zu einigen dieser Sätze scheint die Analogie der habitatio den Schlüssel bieten zu können. Die ähnliche Behandlungsweise in den Quellen, wo die operae nie als Personalservitut bezeichnet und doch im Anschluß an Usufruct und Usus behandelt werden, weisen darauf hin, daß auch sie nicht ein Institut des ius civile, sondern nur ein vom Prätor geschütztes Verhältniß sind. Da sie nicht durch capitis deminutio erlöschen, konnten sie Haussöhnen und Sklaven zustehen und hatten also eine ähnliche Stellung, wie die andern Rechte, die nur die natürlichen Alimente schaffen sollten. Allerdings wird sonst die Bedienung durch Sklaven nicht zu dem gerechnet, was der Mensch zu seiner Lebens Nothdurft bedarf, und dahin gehören regelmäßig nur Kleider, Nahrung und Wohnung; aber in den Zeiten des allgemeinen Reichthums und Luxus mochte man es sich kaum denken können, wie ein anständiger Mann ohne diese Bedienung leben könne, und das machte vielleicht den Prätor geneigt, auch das Recht, welches diese sichern sollte, unter seinen besondern Schutz zu nehmen und den andern Ansprüchen auf die nöthigen Bedürfnisse gleich zu stellen[d]). Die eigenthümlichen Verhältnisse der Sklaverei werden es ferner erklärlich machen, wenn hier schon von den klassischen Juristen unbestritten gestattet wurde, daß der Berechtigte die Dienste vermiethen dürfe, während sie zauderten, dem Habitator ein solches Veräußerungsrecht zuzugestehen. Denn ein Haus konnte man zuschließen, wenn man es einmal nicht brauchte, ohne daß es dadurch Schaden nahm, und wollte man die geringen Lasten, die daran klebten, nicht tragen, so konnte man dem Eigenthümer die Benutzung zeitweise überlassen, um davon frei zu werden [vgl. § 53 S. 510]. Der Sklave aber begehrte täglich bedeutende Unterhaltungskosten, hatte man ihn vom Wohnort des Eigenthümers fortgeführt, so war eine zeitweilige

---

d) Von Savigny a. a. O. S. 112.

Rückgabe an den Herrn nicht gut thunlich, und ein Sklave, der sich unbeschäftigt umhertrieb, weil der, welcher Anspruch auf seine operae hatte, ihn augenblicklich nicht brauchen wollte oder konnte, verdarb und ward dem Gemeinwesen gefährlich. Man mochte daher da, wo nicht die engen Schranken des Civilrechts, wie beim Usus, hindernd entgegentraten, sondern der Billigkeit und Zweckmäßigkeit ein weiterer Spielraum gewährt war, die Beschäftigung des Sklaven im Dienste Dritter gerne gestatten, und so wird die obige Anomalie leicht ihre Erklärung finden.

Schwieriger ist dies bei den andern von Papinian aufgestellten Sätzen. Weil der Innehaber nicht Fructuar ist, soll er das Legat der operae auf die Erben transmittiren. Von Buchholtz*) will hier das transmittere in dem technischen Sinne des Erbrechts erklären, und glaubt daher, jene Regel solle nur eintreten, wenn der Legatar vor Antretung der Erbschaft verstorben sei; allein damit wäre die Schwierigkeit nicht beseitigt. Denn überall sonst wird, wenn ein Honorirter vor dem Anfall des ihm Zukommenden stirbt, nur das Recht transmittirt, welches, wenn der Verstorbene noch den Anfall erlebt hätte, auch auf seine Erben übergegangen wäre; hier aber würden sie erhalten, was nie ihr geworden wäre, wenn ihr Erblasser auch nur einen Tag Innehaber der operae gewesen wäre. Dazu kommt, daß darin auch eine auf die Spitze getriebene Mißachtung des Willens des Testators läge, wenn trotzdem, daß dieser nur eine an die Person des Legatars geknüpfte Berechtigung schaffen wollte, bloß um des Umstandes willen, weil der Letztere nicht zum Genuß dieses Legats gekommen ist, Andere, an die der Testator gar nicht dachte und auf die das Recht, wenn es wirklich eine reine Personalservitut wäre, nie übergehen sollte, die Träger und selbständigen Innehaber desselben würden. Wenn daher der Sinn jener Stelle nur der wäre, den Buchholtz darin findet, so müßte man aus diesem schon zurückschließen, wenn man nicht eine gar zu große Anomalie anerkennen wollte, daß, was die Stelle unsers Erachtens auch sagen soll, das Recht immer auf die Erben übergeht, auch wenn der zunächst Honorirte den wirklichen Anfall noch erlebt. Dieser

*) Versuche, Abhdl. XVI.

Satz contrastirt auf das Entschiedenste mit dem Begriff der Personalservitut f), aber nichts desto weniger werden wir uns dem geschriebenen Worte beugen und ihn anerkennen müssen, und uns zunächst nur mit Rücksicht auf die Betrachtungen im allgemeinen Theil, wonach die Beendigung der Servituten durch den Tod des Berechtigten ein wesentlicher Schutz sein sollte, um das Eigenthum nicht gänzlich werthlos zu machen, die Frage beantworten, was denn nach der Bestellung von operae dem Herrn verblieben sei, um sein Eigenthum gegen gänzliche Entwerthung zu sichern g). Es blieb ihm immer, was der Sklave ohne Arbeit erwarb, wie dies dem Herrn blieb, wenn auch ein Usufruct an seinem Sklaven bestand (vgl. § 52 S. 498). Das war aber ein seltener und höchst ungewisser Gewinn; weitere Vortheile wurden ihm aber, wie ich glaube, durch die Art und Weise, wie die operae näher modificirt und begrenzt zu sein pflegten. Einigen Aufschluß, wenn gleich sich immer nur Vermuthungen darauf bauen lassen, giebt Ulpians l. 7 de usu leg. 33, 2 h), da es darnach von Wichtigkeit sein mußte, festzustellen, von welcher Zeit an der Anspruch des Legatars beginne, und wem die Zeit, in welcher der Sklave krank sei, angerechnet werde. Also waren

f) Sie zu einer Realservitut zu machen, wie Accursius es will, ist man darum nicht ermächtigt; handelte es sich um eine solche, so wäre die ganze Behandlungsweise in den Quellen unerklärlich, und die obigen Sätze der römischen Juristen, welche die Anomalieen hervorheben sollen, lösten sich in Trivialitäten auf.

g) Savigny [System Bd. II S. 112] scheint dieses Institut so anfzufassen, als hätte es sich mit seinen Besonderheiten um des praktischen Zweckes willen entwickelt, den in metallum damnati, die kein Eigenthum hätten haben können, die Vortheile der Sklavenbedienung zu sichern, so daß also sie in Wahrheit die vererbliche und darum fast unbeschränkte Herrschaft über die betreffenden Sklaven gehabt und der Eigenthümer nur seinen Namen für diese Herrschaft hergegeben haben würde. Aber das wäre doch eine zu große Milde des römischen Rechts gewesen, wenn es um dieser damnati willen ein solch exorbitantes Recht habe schaffen wollen.

h) Operae testamento relictae quando cedere debeant? utrum ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hereditas est? Et cui pereant dies, quibus aeger servus fuit? Et puto, ex die petitionis eas cedere: quare si post petitas aeger esse servus coeperit, legatario pereunt.

die operae nur für eine bestimmte Zeit legirt, und daß das nicht eine Eigenthümlichkeit des einzelnen Falls war, den Ulpian bei seiner Entscheidung in l. 7 vor Augen hatte, scheint mir dadurch angedeutet zu werden, daß von den wenigen in den Titel de operis servorum [7, 7] recipirten Stellen die l. 1 sagt:

Opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est,

also ebenfalls voraussetzt, daß die operae nur zu bestimmten Zeiten zu leisten sind [i]). War ihnen nun regelmäßig von vorne herein eine Zeitgrenze, oder ein sonstiges festes Maaß gestellt, so läßt es sich erklären, wie eine billige und den Vortheil des Honorirten möglichst befördernde Auslegung zu dem Satz von der Erblichkeit der legirten operae gelangen konnte. Die civile Strenge hatte bei dem ganzen Institut zu sehr an Boden verloren, als daß sie diese Disharmonie, die dadurch das ganze Servitutenrecht erhielt (vgl. § 24 S. 203), wehren konnte Möglich wäre es, daß auf solche beschränkte operae jener Satz nur allein angewendet worden ist.

Daß der Innehaber dieser Gerechtigkeit, wie der Usuar und Usufructuar Caution zu leisten habe, sagt Ulpian in l. 5 § 3 usufr. quemadm. 7, 9, und erwähnt dabei neben den operae servi die sonst nicht wieder genannten operae cuius alterius animalis, so daß auch ähnliche Berechtigungen an Thiere constituirt worden sein müssen. Daß der Innehaber die Unterhaltungskosten für die Zeit, wo er die operae bezieht, tragen muß, geht aus l. 4 und l. 6 § 3 de operis hervor, und wird wohl hierin, wie in allen andern Beziehungen die Analogie der Regeln über den Usus zu entscheiden haben, soweit nicht etwa die Theilbarkeit, welcher die operae, wie die habitatio ihrer Veräußerlichkeit wegen unterliegen, Abweichungen nöthig macht.

---

i) Zu einem ähnlichen Resultat kommt Luden [Lehre von den Servituten § 46], aber nur vermittelst einer beispiellosen Willkühr im Verständniß der Quellen, die Hoffmann [Lehre von den Servituten § 58 Anm. 380] fast zu billigen scheint, da er sich auf Ludens Interpretation beruft.

Dritte Abtheilung.

Entstehung und Untergang der Servituten.



Dritte Abtheilung.

Entstehung und Untergang der Servituten.

§ 62.

Zur Einleitung. Der Quasibesitz der Servituten.

Die Analogie zwischen Eigenthum und Servituten mußte nicht nur zu dem Streben führen, auch auf diesem Gebiete an die bloße äußere Erscheinung der Herrschaft schon einen gewissen vorläufigen Schutz zu knüpfen, sondern legte auch den Gedanken nahe, diese äußere Erscheinung der Herrschaft als ein Mittel zu benutzen, um das Recht auf die Herrschaft, die Servitut, entstehen zu lassen, und deßhalb werden wir in den nachfolgenden Kapiteln wiederholt auf das Institut des Quasibesitzes, wie die juristische Gestaltung jener Aeußerung der Herrschaft hier bezeichnet zu werden pflegt, zurückkommen müssen. Es wird daher ersprießlich sein, wenn wir schon hier ein für alle Mal die Voraussetzungen dieses Begriffs festzustellen suchen Wir betreten damit ein Gebiet, auf welchem wir von unsern Quellen vielfach in Stich gelassen werden, und welches uns daher nicht geringe Schwierigkeit bietet, die um so größer sind, als die klassische Jurisprudenz erst sehr spät und fast erst mit Ulpian zu einem Abschluß dieser Bildung gelangt ist, und gar manche Stellen, die den Quasibesitz noch leugnen oder wenigstens nur sehr beschränkt anerkennen, in unserm Corpus Juris Aufnahme gefunden haben. Selbst die zahlreichen Stellen von Paulus scheinen noch aus der ältern Auffassung hervorgegangen zu sein. Diese historische Scheidung des uns überlieferten Materials hat man unsers Erachtens

zum Nachtheil dieser Lehre meistens unterlassen, und indem man sich bestrebte, aus den Fragmenten verschiedener Systeme ein einziges einheitliches Bild herzustellen, hat man vielfach nur ein schiefes und praktisch unbrauchbares Institut zu reconstruiren vermocht. Um einen andern Weg einzuschlagen, werden wir daher zunächst die Veranlassungen aufsuchen müssen, welche für die rechtliche Fixirung und Ausbildung des Besitzes auf dem Servitutengebiet thätig gewesen sind, und daraus auf die Geschichte desselben zurückschließen dürfen.

Im Allgemeinen werden wir davon ausgehen können, daß für das Servitutenrecht eine begriffliche Scheidung des Rechts und seiner factischen Ausübung weit weniger dringend durch die Umstände geboten ist, wie für das Recht des Eigenthums, und wir werden weiter sehen, daß diese Scheidung nicht nur auf unserm Gebiete viel später erfolgt ist, sondern daß sie hier auch kaum naturwüchsig ist und erst um der engen Verwandschaft willen, die zwischen Eigenthum und Servituten besteht, aus der Eigenthumslehre hierher übertragen ist. Diese Verschiedenheit zeigt sich schon im Processe; denn wo um Eigenthum gestritten wurde, mußte schon von frühe an, sobald der Proceß nicht mehr in einem einmaligen Akte beendet werden konnte, sondern eine längere Dauer hatte, ein intermistischer Bewahrer und Vertreter der streitigen Sache nöthigenfalls durch richterliches Einschreiten bestellt werden, und damit ward schon vom Rechte ein Zustand anerkannt, der factisch die Herrschaft gewährte, aber dem Innehaber derselben doch nicht ein Eigenthum zusprach. Ward aber um die Existenz oder Nichtexistenz von Servituten gestritten, so war eine ungeschützte und unbesessene Sache gar nicht vorhanden, indem der Eigenthümer schon kraft seiner Herrschaft über die körperliche Sache auch die einzelne Befugniß an derselben, welche den Gegenstand des Streits bildete, benutzen durfte, falls der Servitutberechtigte sie nicht benutzen wollte oder konnte, so daß es also einer ausdrücklichen intermistischen Ueberweisung derselben nicht bedurfte, und es treten uns in unsern Quellen auch noch Spuren dafür entgegen, daß ursprünglich, wenn es überhaupt zu einem förmlichen vindicias dare zu kommen pflegte, was kaum üblich gewesen sein wird, dieses doch regelmäßig secundum libertatem

geschehen mußte*). Einer andern Normirung bedurfte es auch in den häufigsten Fällen, wo ein Eigenthümer und ein angeblicher

---

a) Für diese von der herrschenden Ansicht abweichende Meinung spricht vor Allem die l. 60 de ususfr. des Paulus, der, wie wir später zeigen werden, den Quasibesitz und seine Consequenzen in den meisten Beziehungen noch nicht anerkennt und auch hier auf dem Standpunkt des ältern Rechts stehen geblieben zu sein scheint. Es heißt daselbst am Schluß: Sed, si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim ususfructus ei aufertur: sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur, — so daß also der Usufructuar nur unter der besondern Voraussetzung, daß ihm nicht cavirt wird, die Ausübung während des Servitutenprocesses behalten soll. Ferner spricht dafür die l. 7 de aq. quot. et aest. 43, 20, in welcher derselbe Paulus die Regulirung des Besitzes an Wegegerechtigkeiten während eines confessorischen oder negatorischen Processes nicht anders vorzunehmen weiß, als durch Auflegung von Stipulationen, worin der Eine dem Andern versprechen muß, die Servitut nicht zu stören, beziehungsweise die Ausübung nicht vorzunehmen. Das macht unsers Erachtens wahrscheinlich, wie erst spät das Bedürfniß entstanden ist, die Ausübung während des Servitutenprocesses zu normiren, und zwar erst, als das Billigkeitsgefühl sich gebieterisch dagegen sträubte, daß der Eigenthümer die Ausübung von Servituten durch Erhebung eines Processes, wenn auch auf die Gefahr der Ersatzpflicht, jeder Zeit eigenmächtig solle stören können, und wie daher der Prätor nur durch sein häufig angewandtes Mittel, Auflegung von Stipulationen, diesem Billigkeitsgefühle Rechnung zu tragen vermochte. Denn wenn schon frühe während der alten legis actio per sacramentum eine vorläufige Einwirkung in die Servitut hätte stattfinden können, so würde das Recht gewiß auch schon früher zu einem andern, dem Besitze körperlicher Sachen entsprechenden Verhältnisse gelangt sein, welches jedem und nicht bloß dem Promittenten gegenüber Schutz gewährt hätte. In den Fällen freilich, wo die Wege- und Wasserinterdicte begründet waren, schützte der Prätor die Servitutausübung, seitdem er sie eingeführt hatte, auch schon während des Servitutenprocesses, aber doch nur unter den bestimmten Voraussetzungen dieser Interdicte, die auch, wie wir erst später ausführen können, keineswegs den Zweck haben konnten, überall die Parteirollen im Proceß zu reguliren.

Der Satz, daß die Servitutausübung von den letztern Fällen abgesehen während eines Servitutenprocesses im ältern Recht nicht geschützt wurde, erlitt aber, wie es scheint, von jeher eine Ausnahme bei allen den Servituten, welche durch eine mit dem herrschenden Grundstück in dauernder Weise zusammenhängende Vorrichtung ausgeübt wurden, und deren Ausübung sich daher als

Servitutberechtigter stritten, schon um deßwillen durchaus nicht so dringend, wie im Eigenthumsprocesse, als davon die Beweisfrage nicht abhängig war, sondern der Servitutberechtigte richtiger Ansicht gemäß, mochte negatorisch oder confessorisch verhandelt werden, die Entstehung seiner Servitut nachweisen mußte. Da nun einmal die Besitzfrage regelmäßig für den Servitutenproceß in den Hintergrund trat, so war auch die confessorische Klage überall anwendbar, wo eine Störung der Servitut stattgefunden hatte, ohne daß es, wie beim Eigenthum, der Ausbildung eigener Klagen bedurfte, um da, wo das beanspruchte Recht im Ganzen anerkannt wurde, gegen partielle Verletzungen desselben Sicherheit zu gewähren; die confessorische Klage übernahm die Functionen, welche beim Eigenthum der Vindication und der negatorischen Klage und selbst die, welche der aquilischen und ähnlichen Klagen übertragen waren.

Der Proceß über die Servitut bot daher keine so unmittelbar zwingende Veranlassung zur Ausbildung des Quasibesitzes[b]). Dagegen aber wird uns von einem andern Falle berichtet, wo derselbe anscheinend frühe zur Anwendung gekommen zu sein scheint; es wird nämlich von **Paulus** in der l. 4 § 29 de usurp. et usuc. 41, 3,

---

eine qualificirte Benutzung des herrschenden Grundstücks selbst herausstellte, wie namentlich bei der **serv. tigni immittendi, protegendi**, oder auch der Servitut, seine Baumwurzeln in des Nachbars Grundstück immittiren zu dürfen. In diesen Fällen gilt die einseitige Störung der Ausübung, also die Vernichtung oder Entfernung jener Vorkehrung, als eine Störung des Besitzes an der herrschenden Sache, und hat alle Nachtheile derselben im Gefolge, wie das namentlich **Ulpian** in l. 29 § 1 ad leg. Aquil. 9, 2 und **Pomponius** in **l. 6 § 2 Arbor. furt. caes.** 47, 7 ausführen.

b) Eine Aufforderung dazu bot er freilich auch, und zwar dann, wenn der mit der confessorischen Klage Belangte den Proceß nicht annehmen (defendere) wollte; bei den andern dinglichen Klagen war der Verklagte dann verpflichtet, den Besitz auf den Kläger zu übertragen, und eigene Interdicte **Quem fundum, Quem hereditatem** nöthigten ihn dazu. Die spätere Jurisprudenz suchte nun auch, wie wir unten sehen werden, nach Mitteln, um für den Servitutenproceß ähnliche Grundsätze einhalten zu können; aber wenn die ganze Lehre von der Defension in dieser Weise schon dem ältern Rechte angehören sollte, so werden doch derartige Fälle zu selten gewesen sein, um allein ein so eingreifendes Institut, wie das des Quasibesitzes zuerst hervorrufen zu können.

aber auch nur in dieser Stelle, erzählt, wie ehemals Servituten durch Usucapion entstanden seien, bis eine lex Scribonia [nach Haloander soll es eine lex Voconia sein] diese Errichtungsweise aufgehoben habe. Ueber den nähern Inhalt dieses Gesetzes, sowie über das Alter desselben ist uns gar nichts bekannt[c]), und selbst für jede Vermuthung fehlt der Boden, — es sei denn, daß man aus diesem Schweigen aller andern Quellen darauf zurückschließen darf, daß dasselbe lange vor der klassischen Jurisprudenz gegeben sein muß. Man hat darüber gestritten, ob diese alte Usucapion bei allen Servituten möglich gewesen ist, oder nur bei einzelnen Arten[d]); die bei Weitem größere Wahrscheinlichkeit spricht aber dafür, daß nur die ältern Formen der städtischen Servituten und von diesen auch nur die, welche sich durch bauliche, mit dem herrschenden Grundstück in Zusammenhang stehende Vorrichtungen, körperlich darstellten, durch diese Usucapion erworben werden konnten. Dafür läßt sich nicht nur der Ausspruch von Paulus in l. 14 pr. de serv. 8, 1[e]) anführen, der die Unmöglichkeit der Usucapion nur für die ländlichen Servituten durch innere Gründe rechtfertigt, und für die städtischen Servituten, auf deren viele seine Gründe auch nicht passen, nur die Thatsache referirt, daß dort dasselbe und also vielleicht seiner Ansicht nach nur in Folge positiver Gesetzgebung gälte, sondern weiter deutet darauf auch der Zusammenhang, in welchem die usucapio libertatis wohl mit dieser alten usucapio servitutum gestanden haben wird[f]).

---

c) Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Bd II, S. 143.

d) Hoffmann, Servituten Bd. II, S. 125; Vangerow Leitfaden, Bd. I, S 867.

e) Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem etiam in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

f) Paulus stellt sie auch in jener l. 4 § 29 de usurp. einander gegenüber, indem er sagt, nur die usucapio servitutem sei durch die lex Scribonia aufgehoben.

Wie jene, wird die letztere auch nicht durch eine besondere Thätigkeit der Gesetzgebung geschaffen, sondern durch analoge Erweiterung der alten Usucapion körperlicher Sachen, wie sie in den zwölf Tafeln anerkannt war, hervorgerufen sein, und wenn nun für die usucapio libertatis, wie wir oben § 40 S. 364 darstellten, aus alter Zeit her auf das strengste verlangt wurde, daß sich der Zustand der Freiheit die ganze Usucapionszeit hindurch körperlich an der seither dienenden Sache manifestire und sich schon jeder Zeit mit den Sinnen wahrnehmen lasse, so wird auch an die Usucapion von Servituten die entsprechende Forderung gemacht worden und sie deßhalb auch nur bei jenen Servituten zugelassen sein, bei denen ein ununterbrochenes und ausschließliches Innehaben der Befugniß möglich und durch körperliche Verrichtungen erkennbar war[g]). Ja, wie die usucapio libertatis sich eigentlich als eine qualificirte Usucapion des seither dienenden Grundstücks darstellte und demgemäß nicht, wie die „celerae res“ der 12 Tafeln in einem Jahre, sondern wie der fundus erst in zwei Jahren vollendet war [vgl. S. 362], so wird auch diese Usucapion der Servituten als eine qualificirte Usucapion des herrschenden Grundstücks selber aufgefaßt worden sein, so daß das ältere Recht des Begriffs eines selbständigen Besitzes der Servitut um dieser Usucapion willen noch gar nicht bewußt geworden zu sein braucht. Die Gründe, um derentwillen die lex Scribonia diese Usucapion aufhob, sind nirgends angedeutet, von unsern Juristen jedoch in mannigfacher Weise aufgesucht worden, ohne daß es gelungen ist, für eine oder die andere Auffassung ein durchgreifend entscheidendes Moment beizubringen. Wie unserer Ansicht nach die Usucapion ursprünglich regelmäßig zur Constituirung der städtischen Servituten benutzt sein muß, da die andere zur Zeit der klassischen Juristen anwendbare Errichtungsweise, die in iure cessio, nur eine secundäre Errichtungsform ist, welche niemals von Anfang an gebraucht sein kann, um ein Rechtsverhältniß zu schaffen, haben wir schon an andern Orten [§ 27 S. 230] ausgeführt. Möglich ist es

---

g) Daß dies z. B. bei einer Wegegerechtigkeit nicht schon der Fall ist, wenn ein Weg für dieselbe hergestellt ist, haben wir schon oben gegen Puchta in § 42 S. 400 erwähnt.

nun, daß man, als es einmal üblich geworden war, solche Servituten in iure zu cediren, dieses Verfahren für nützlicher hielt und die lex Scribonia daher zur Herstellung größerer Rechtssicherheit die Constituenten nöthigen wollte, fortan sich nun dieses solennen Errichtungsgeschäftes zu bedienen, um alle Streitigkeiten abzuschneiden, welche entstehen konnten, wenn das Errichtungsgeschäft sich zwei Jahre hindurch zog.

Wie dem allen aber auch sei, so wurden doch sicher nach der lex Scribonia die Servituten nicht usucapirt [h]) und es fehlte daher auch nach dieser Seite hin an einer Veranlassung zur Fixirung und Ausbildung des Instituts des Quasibesitzes. Auch die Extinctivverjährung der Servituten bot diese nicht; denn wenn auch seit alten Zeiten die Wege- und Wasserleitungsservituten, sowie Ususfruct und Usus erloschen, sobald sie die Verjährungszeit hindurch nicht ausgeübt waren, so entsprach doch diese Ausübung, welche zur Erhaltung der Servituten gefordert wurde, durchaus in keiner Weise dem, was bei körperlichen Sachen als Besitz bezeichnet wurde. Es ward nicht ein dauernder Zustand, eine anhaltende oder selbst nur eine wiederholte Thätigkeit verlangt, sondern es genügt ein einmaliger, vorübergehender Akt [i]) — es bedurfte dazu keines bewußten auf die Ausübung der Servitut gerichteten Willens (animus), sondern wenn nur nicht ein animus contrarius vorhanden war und der Ausübende nicht etwa glaubte, ohne welches Recht, oder kraft einer andern Servitut zu handeln, als wie sie ihm zustand [k]), so blieb eine Servitut auch dann erhalten, wenn der durch dieselbe beabsichtigte Erfolg

---

h) Den Ausspruch von Paulus [Rec. Sent. I, 17 § 2]: Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit et biennio usurpata recipitur — versteht man mit Recht jetzt fast allgemein dahin, daß eine Servitut erhalten werden soll, wenn sie während zwei Jahre nur einmal gebraucht wird. In einem solchen Sinne findet sich „usurpare" z. B. auch in l. 16 quemadm. serv. 8, 6. Man hat sonst auf jenen Ausspruch des Paulus häufig eine singuläre Wiederauflebung einer einmal untergegangenen Servitut vermittelst einer Usucapion bauen wollen, wofür man aber vergebens nach einem Grunde oder auch nur nach einer Analogie sucht.

i) „interdiu" nicht „diu" z. B. in l. 10 § 1 quemadm. serv. am. 8, 6.

k) L. 20 quib. mod. ususfr. 7, 4; l. 25 quemadm. serv. am. 8, 6.

ohne die Thätigkeit eines Menschen zufällig hergestellt ward[l]) — ja es brauchte selbst nicht der, dem durch den Ausübungsact die Servitut erhalten ward, diesen selbst vorzunehmen, sondern es genügte, daß solcher überhaupt vorgenommen ward, und es bedurfte keines rechtlichen Bandes zwischen dem Ausübenden und dem daraus Vortheil Ziehenden[m]). Diese Ausübung, welche die oben genannten Servituten gegen Untergang durch Nichtgebrauch schützte, ist demnach eine durchaus vereinzelte Schöpfung, die einer weitern Benutzung nach Art des Besitzes gar nicht fähig war und auch nach Ausbildung der Lehre vom Quasibesitz eine völlig getrennte Stellung behauptete[n]).

---

l) So wird eine Wasserleitungsservitut dadurch erhalten, daß Wasser von selbst durch den um ihretwillen hergestellten Graben fließt; vgl. l. 12 **quemadm. serv. am.**

m) **L. 12 § 2 de usufr. 7, 1; l. 22 quib. mod. usufr. 7, 4; l. 5, l. 12, l. 20 24 quemadm. serv. am. 8, 6.** Vgl. § 10 S. 100.

n) Die gänzliche begriffliche Verschiedenheit dieses „**retinere**", welches den Untergang der Servitut durch **non usus** verhindert, von dem Quasibesitz der Servitut, ist vielfach verkannt und selbst S a v i g n y citirt in seiner Lehre vom Besitz mehrfach die von dieser Retention handelnden Stellen für seine Ansichten über den Quasibesitz. Ebenso U n t e r h o l z n e r in der ausführlichen Verjährungslehre Bd. II, drittes Buch. Die gänzliche Verschiedenheit zeigt sich aber am besten in der auch von Beiden angeführten **l. 12 § 3 und 4 de usufr.**, in der jene nur eine große Anomalie sehen können, die aber unsers Erachtens dem ganzen sonstigen Verhältniß durchaus entspricht. Wird nämlich ein Sklave flüchtig, an dem ein Ususfruct besteht, so verliert der Usufructuar dadurch so wenig den Besitz seines Ususfructs, wie der Eigenthümer den Besitz des Körpers, wohl aber geschieht dies, wenn irgend ein Anderer von dem Sklaven Besitz ergreift. Dagegen aber soll nach dieser Stelle trotz dem Besitze des Dritten der Usufructuar den Ususfruct retiniren, so lange der Sklave ein Peculium von ihm in Händen hat, und für dasselbe Geschäfte abschließt. Denn jeder derartige Akt bereichert dem Rechte nach den Usufructuar, so daß dieser Nutzen aus seinem Ususfruct zieht, und deßhalb kann ihm kein „**non usus**" vorgeworfen werden. Indem nun Savigny und Unterholzner diese Stelle auf den Quasibesitz des Ususfructs beziehen, müssen sie eine Fortdauer desselben trotz der verlorenen Detention anerkennen, und da durch den jetzigen Besitzer des Sklaven wieder ein Ususfruct daran einem Dritten tradirt werden kann, müßten sie dahin gelangen einen Quasibesitz Mehrerer **in solidum** an dem ungetheilten Ususfruct annehmen zu müssen, was den römischen Rechtsanschauungen doch

Dagegen mußte sich die äußere Erscheinung der Servitut stärker von dem dinglichen Rechte selbst abheben und die Ausbildung des Quasibesitzes vorbereitet werden, als der Prätor Servitutinterdicte aufzustellen begann. Freilich sie selbst haben noch keineswegs diesen Begriff zur Voraussetzung, und es ist gewiß unrichtig, wenn man sie ganz mit den possessorischen Interdicten zusammenstellt, mit denen sie allerdings oft den Erfolg gemeinsam haben, daß sie gänzlich Unberechtigte bis zur Beendigung des Processes um das dingliche Recht

---

ganz entschieden widerstreitet. Und zu demselben Resultat müssen sie consequenter Weise auch dann kommen, wenn jemand die Ausübung seines Ususfructs verkauft oder vermiethet hat, indem auch dann, weil der Usufructuar doch fortwährend Vortheil aus dem für den Ususfruct gegebenen Surrogat zieht, die Verjährung wegen Nichtgebrauch nicht eintreten soll, und zwar ohne daß Rücksicht darauf genommen wird, ob der Käufer oder Miether wirklich auch Ausübungshandlungen vornimmt oder nicht [vgl. l. 35 § 1, l. 38 und 40 de usufr.]. Auch in solchem Falle kann bei irgend einem Dritten die Detention der Sache und ein Quasibesitz des Ususfructs sein, und doch findet ein uti des berechtigten Usufructuars statt. —

In l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2 spricht allerdings Paulus zuerst davon, wie eine Art von Servituten durch den Besitz des herrschenden Grundstücks retinirt werde und später scheint er vom Quasibesitz der Servituten zu sprechen, als ob beides identisch sei; allein da es sich hier um „servitutes, quae in superficie consistunt" handelt und namentlich um die serv. tigni immittendi, so kann das „retinentur" des ersten Satzes hier nicht den technischen Sinn „unterbrechen des non usus" haben, da diese Servituten zu Paulus Zeiten gar nicht durch non usus untergingen, sondern erst durch usucapio libertatis. Paulus muß hier an die Ersitzung der Servituten denken, da er diese auch sonst anerkennt. Er selbst setzt auch in l. 4 § 27 de usurp. 41, 3 dieses Retiniren der Servitut dem Besitz entgegen; in dem vorhergehenden Paragraphen hat er nämlich die Regel besprochen, daß, wer eine Sache mit Gewalt besitzt, sie ihrem Eigenthümer nicht durch Usucapion entziehen könne; wohl aber, fährt er hier fort, entzieht der dem Servitutberechtigten seinen Weg, der ihn mit Gewalt an der Benutzung die Usucapionszeit hindurch [denn „longum tempus" kann nur durch eine Interpolation der Compilatoren in die Stelle gekommen sein], behindert, da er ihn ja nicht gewaltsam aus dem Besitz getrieben hat, indem ein ius incorporale nicht Gegenstand eines Besitzes sein kann.

schützen[o]), von denen sie aber durch ihre Voraussetzungen und ihren wahrscheinlichen Zweck ganz geschieden sind. Das interdictum de itinere actuque privato hat zu seiner Voraussetzung, daß der, welcher es erhebt, im letzten Jahre wenigstens an dreißig verschiedenen Tagen den Weg fehlerlos benutzt hat[p]), die interd. de aqua quotidiana, de fonte und de fonte purgando stehen nur dem zu, welcher in dem letzten Jahre fehlerlos Wasser in der jetzt gestörten Weise geleitet oder geschöpft hat[q]), die interd. de aqua aestiva und de rivis dem, der im laufenden oder im vorhergehenden Sommer solches that[r]), und endlich setzt das interd. de cloacis nur voraus, daß bereits eine Kloake existirt, die sich von dem Hause des Klägers in das angeblich dienende Grundstück hineinzieht[s]). Alle diese Interdicte schützen daher nicht jede Ausübung der betreffenden Servitutbefugnisse, sondern sie fordern eine bestimmte Qualification derselben, und diese Qualification ist von der Art, daß sie unmöglich aufgestellt sein kann, um, wie man oft annimmt, die Thatsache, daß eine Servitutbefugniß geübt ist, mit gehöriger Evidenz festzustellen, indem dann doch gewiß eine weit geringere Anzahl von Tagen, an welchen eine Wegegerechtigkeit geübt ist, hätte genügen müssen. Ja, sollte man dann annehmen, der Umstand, daß man in einem Jahre eine Wasserleitung nach seinem Grundstück hin auf fremden Grund und Boden gebaut oder eine vorhandene gründlich ausgebessert hat, müßte dann doch

---

o) L. 1 § 2 de itin. act. 43, 19.

p) L. 1 § 2 de itin. act : — si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus, quam triginta diebus; und § 12 daselbst: Si quis supradicto tempore anni itinere usus sit etc. Vangerow Leitfaden (Bd. I § 355 Anmerk. d) will die erstere Stelle nach dem Vorgang von Althoff [das interd. de itin. actuque privat. Rinteln 1836] so übersetzen: „wenn man nur im letzten Jahre wenigstens während eines mäßigen Zeitraums, also mindestens während dreißig Tage, die Wegegerechtigkeit ausgeübt hat“. Allein mit dem Wortlaut und dessen grammatischer Bedeutung [dierum müßte es dann heißen statt diebus] ist jene Uebersetzung unvereinbar und so haben sich auch unsere Rechtslehrer fast einmüthig dagegen erklärt [siehe die Litteraturnachweisungen bei Vangerow a. a. O.].

q) L. 1 pr. de aq. quot. 43, 20; l. 1 pr. und § 6 de fonte 43, 22.

r) L. 1 § 29 de aq. quot., l. 1 pr. de rivis 43, 21.

s) L. 1 pr. de cloacis 43, 23.

mit eben so großer Evidenz und vielleicht mit größerer darlegen, daß man eine Wasserleitungsservitut geübt habe, indem die Befugniß zur Herstellung der Vorrichtung ein zweites in der Servitut enthaltenes Element ist, und daher an Uebung der letzteren auch in solchem Falle nicht gezweifelt werden kann. Und doch genügte der Nachweis jener Thatsachen nicht, um das Interdict anzustellen[t]). Und daß es bei dem interd. cloacae gar nicht darauf ankommt, mit welchem animus seither geübt ist, scheidet dieses Interdict doch wesentlich von allen andern.

Forschen wir nun aber nach dem Zweck, den der Prätor mit den vorliegenden Interdicten verfolgte, so verbirgt sich dieser am wenigsten beim interd. cloacae; der Prätor wollte die Störung der serv. cloacae verhindern, weil es schon im öffentlichen Interesse lag, daß der Abzug nicht unterbrochen werde[u]), und weil häufig das angeblich

---

t) Daß die obigen Wege- und Wasserleitungsinterdicte auch dadurch nicht aufgehoben wurden, daß vom Beklagten erwiesen wurde, wie im letzten Jahre nach den dreißig fehlerlosen Uebungen der Wegegerechtigkeit, beziehungsweise nach der einmaligen fehlerlosen Leitung oder Schöpfung des Wassers, noch eine Reihe von Ausübungshandlungen nur vi, clam oder precario durch den Kläger vorgenommen wurde, und wie also die Fehlerlosigkeit seines Besitzstandes unterbrochen sei, (vgl. l. 1 § 12, l. 2, l. 6 de itin. act. 43, 19; l. 1 § 20 de aq. quot. 43, 20) vermag direct nicht dafür zu beweisen, daß diese Interdicte einen andern Zweck haben müssen, wie die possessorischen, indem im klassischen Rechte das interd. utrubi zum Schutz des Besitzes beweglicher Sachen auch da gegeben wurde, wo doch dieser im letzten Theil des Jahres erwiesener Maßen verloren oder doch fehlerhaft gewesen war, falls er nur vorher in der längsten Zeit des letzten Jahres fehlerloß vom Kläger inne gehabt war. [Vgl. Gaius IV, § 150]. Allein der Umstand, daß diese letztere Regel aus dem Corpus Juris entfernt ist und nunmehr bei allen possessorischen Interdicten auf die letzten Besitzhandlungen gesehen wird, daß dagegen aber für die Servitutinterdicte noch die ältern Sätze recipirt sind und man z. B. noch immer nach einmaliger fehlerloser Uebung im letztern Jahre mit dem interd. de aqua quotidiana klagen kann, trotzdem daß man nachher die Rechtswidrigkeit des Anspruchs auf eine Servitut zugestanden und nur precario die übrige Zeit geleitet hat, mag darauf hinweisen, wie wesentlich verschieden die Stellung dieser Interdicte in der römischen Auffassung von der der possessorischen Interdicte ist.

u) L. 1 § 2 de cloac. 43, 23.

herrschende Grundstück in weit größerer Weise durch eine solche Störung beeinträchtigt werden konnte, als wie diese dem Störer Nutzen bringen mochte. Er begnügte sich deßhalb, um seinen vorläufigen Schutz zu gewähren, schon mit dem Nachweis, daß die behauptete Servitut wahrscheinlich sei, und diese Wahrscheinlichkeit ging ihm aus dem Umstand hervor, daß eine Cloake factisch vorhanden war. Eine gleiche Idee möchte aber auch unsers Erachtens den Wege- und Wasserleitungsinterdicten zu Grunde liegen. Wurde einem Grundstück der Zugang oder die nöthige Bewässerung entzogen, so konnte es dadurch ganz unbrauchbar werden, und diese Störung nahm dann dem Gestörten unendlich viel mehr, als sie dem Störer gewährte, so daß es also um der spätern Entschädigungspflicht bei unrechtmäßig geschehener Störung willen selbst im Interesse des Störers lag, daß sie möglichst verhindert werde. Dafür mußte auch wirken, daß es schon im öffentlichen Interesse lag, das Brachliegen der Felder zu verhüten, und deßhalb wird der Prätor wieder schon vorläufig die Servitutübung geschützt haben, wo nur das Recht wahrscheinlich war. Aber dieser besondere Schutz rechtfertigte sich nur da, wo wirklich jeder Zugang oder die durchaus nöthige Bewässerung bedroht war, und hatte daher das angeblich herrschende Feld schon ein Jahr ohne Wasser existirt, so verweigerte der Prätor diese exceptionelle Hülfe und ebenso da, wo der angeblich Berechtigte doch nur selten den Weg benutzt und damit dessen Entbehrlichkeit nachgewiesen hatte*). Die Fixirung der Benutzungszeit auf dreißig Tage mochte aus Beobachtung des Landbaus hervorgegangen sein. Um ein Feld, aus dem man den nothwendigen Unterhalt bezog, regelmäßig mit den Erfordernissen des Haushalts zu bestellen, wird es nöthig gewesen sein, daß man es wenigstens an dreißig Tagen des Jahrs besuchte; wer nicht so oft die behauptete Wegeservitut benutzt hatte, bewieß damit, daß er noch einen andern Weg habe, oder daß wenigstens der beanspruchte nicht durchaus nöthig sei, um ihm seinen Lebensunterhalt zu verschaffen, und ward daher wieder nicht durch ein Interdict geschützt. Darum ist es gewiß auch nicht zufällig, daß nur für Wege- und Wasserleitungs-

*) Auch nur um Wegegerechtigkeiten auf dem Lande zu schützen, sollte dies Interdict dienen; vgl. l. 1 § 1 de itin. act. 43, 19.

servituten eigene Interdicte proponirt waren, weil nur sie die Befriedigung der wichtigsten und unentbehrlichsten Bedürfnisse des Landbaus zu ihrem Zweck hatten[w]).

Es ist nicht zu leugnen, daß die vom Prätor für die obigen Interdicte geforderten Voraussetzungen, nur in sehr unvollkommener Weise ihrem Zweck entsprechen, aber das ist nur ein Beweis dafür, daß diese Interdicte in verhältnißmäßig frühe Zeiten zurückreichen, wo äußerliche leicht den Sinnen wahrnehmbare Symptome so häufig an die Stelle der eigentlichen Idee eines Instituts gesetzt zu werden pflegen. Doch noch viel weniger lassen sich die Eigenthümlichkeiten dieser Interdicte erklären, wenn sie schon die Ausübung an sich hätten schützen wollen[x]). Daß auch die römischen Juristen unsern Inter-

---

w) Mit dieser Auffassung der Interdicte stimmt mehrfach überein: Roßhirt in einem Aufsatz über die Lehre vom Besitz und insbesondere von der quasi possessio im Archiv für civ. Praxis Bd. 8 (1825) S. 34 ff.

x) Selbst wenn man dies annehmen wollte, wird man doch nicht bei dem singulären Charakter, den dann diese Vorschriften hätten, mit Th. Muther [Ueber die Ersitzung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegeservituten. Erlangen 1852 S. 52 f. und S. 58 f.] annehmen dürfen, daß jeder Quasibesitz an Wegeservituten immer nur vorhanden sei, wenn an dreißig Tagen des Jahres geübt würde, und deßhalb auch zur Ersitzung der Wegeservituten die Wiederholung dieser dreißigmaligen Uebung in jedem Jahre der Ersitzungszeit nöthig sei. Wollte man überhaupt einen so engen Zusammenhang zwischen dem Interdict und dem Quasibesitz annehmen, und sagen, wo Ersteres nicht gegeben wird, ist auch der Letztere nicht vorhanden, wie das doch Muther thut, so müßte man consequent dann auch annehmen, daß gewaltsame Unterbrechung der Ausübung oder daß die Eingehung eines Precariums durch den Ersitzenden die Ersitzung noch nicht unterbreche [vgl. Anm. t], da ja das Interdict dann nicht verloren geht, und analog müßte man dann auch für die klassische Zeit annehmen, daß bewegliche Sachen ersessen seien, wenn sie nur in der längsten Zeit eines Jahres besessen wären, da dann ja das interdictum utrubi die zur Ersitzung nöthige Zeit hindurch begründet wäre. Uebrigens vermag Muther selbst nicht den von ihm aufgestellten Satz den großen praktischen Schwierigkeiten gegenüber festzuhalten, indem er die dreißigtägige Uebung nur im ersten Jahre erwiesen haben will, für die folgenden aber bis zum erbrachten Gegenbeweis dieselbe vermuthet. Allein wenn auch ein einmal begonnener Zustand als fortdauernd angenommen wird, bis das Aufhören desselben erwiesen ist, wie Muther zu seiner Rechtfertigung anführt (a. a. O.

dicten nicht einen derartigen Zweck unterlegten, können wir daran erkennen, daß sie, wie auch Bruns [das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 82] hervorhebt, nach Ausbildung der Lehre von dem Quasibesitz dieselbe doch nicht bei Besprechung dieser Interdicte zu Grunde legen, sondern höchstens beiläufig darauf Rücksicht nehmen[y]). Die Wirksamkeit dieser Interdicte traf aber — und das verkannten auch die römischen Juristen nicht — mehrfach mit der possessorischer Interdicte zusammen, namentlich indem sie dem Erfolg nach auch mitunter gänzlich Unberechtigte schützten, bei denen sich die Präsum=

S. 67), so ist doch der Quasibesitz der Wegeservituten nach seiner Auffassung gar kein ebenmäßig andauernder und sich von selbst fortsetzender Zustand, sondern löst sich in eine Reihe von einzelnen, selbständigen Handlungen auf. Daraus aber, daß diese an dreißig Tagen des einen Jahres vorgenommen sind, läßt sich unmöglich ein Schluß auf die Ausübung an dreißig Tagen eines andern Jahres machen, und so hat diese Ansicht einen Widerspruch in sich selbst.

y) Wie die von Savelen in l. 20 de serv. 8, 1 als Consequenzen der neuen Besitztheorie erwähnten interdicta veluti possessoria nicht unsere Wege= und Wasserinterdicte sein können, werden wir in einer der nächsten Anmerkungen anzuführen haben. Wenn aber Celsus in l. 7 de itin. 43, 20 sagt:

> Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, *ius fundi possedisse* oportet.

so scheint es fast, als ob er für den Ausdruck „iure possedisse" den technischen Sinn noch gar nicht kennt, in welchem Ulpian denselben wiederholt anwendet. Bei dem Wegeinterdict, wie bei den andern Servitutinterdicten, stellt das Edict rücksichtlich der Qualification der einzelnen Ausübungshandlungen seinem Wortlaut nach nur die Forderung auf, daß sie nec vi nec clam nec precario geschehen sein müssen. Celsus will das aber in dieser l. 7 dahin ergänzen, daß sie geschehen sein müssen in der Absicht, um ein entsprechendes dingliches Recht auszuüben, und fordert also denselben Willen (animus), wie er vom Besitzer körperlicher Sachen gefordert wird; deßhalb sagt er, der Ausübende müsse, um das Interdict zu haben, das Recht besitzen, — ein Ausdruck, der damals auf dem Servitutengebiete noch gar nicht gebraucht oder wenigstens noch nicht üblich gewesen zu sein scheint, um die äußere Erscheinung der Herrschaft zu bezeichnen, und mit dem er daher wohl nur auf diese eine Uebereinstimmung des fraglichen Verhältnisses mit dem Besitze körperlicher Sachen hinweisen und keineswegs diese Interdicte gänzlich der Besitzlehre subsumiren wollte.

tionen des Prätors nicht bewährt hatten, und deßhalb müssen diese Interdicte allerdings auch beigetragen haben, um das Recht auf die Herrschaft und die äußere Erscheinung derselben im Bewußtsein der Juristen begrifflich zu sondern und so die Ausbildung der Quasipossessio mit ihren Folgen anzubahnen.

Dem gemäß begegnen uns den auch zur Zeit der klassischen Jurisprudenz eine Reihe von Institutionen, welche diesen Begriff zur Voraussetzung haben, — die Ersitzung der Servituten, der Schutz derselben durch die actio Publiciana, der Schutz des Usufructs durch die Interdicte Uti possidetis, Utrubi und unde vi, die Erweiterung des Interd. Quem fundum für den Fall, wo der mit der confessorischen Klage vom Usufructuar Belangte die Defension nicht übernehmen will[z]), die Succession in die Befugniß zur Anstellung des interd. de itinere u. s. w. durch den, welchem der Usufruct am herrschenden Grundstück tradirt ist[aa]). Sie alle sind erst in dieser Zeit durch die Thätigkeit der Jurisprudenz, und vielleicht auch durch Einschreiten des Prätors und der Kaiser zur Anerkennung und zum Abschluß gelangt, ohne daß wir jedoch die Reihenfolge, in welcher diese einzelnen Anwendungen der Quasipossessio sich geltend gemacht haben, sicher zu erkennen vermögen. Nur die Ersitzung der Servituten, die auch erst von Paulus und Ulpian erwähnt wird, scheint eine der letzten Bildungen zu sein, indem sie aus der Extinctivverjährung der negatorischen Klage hervorgegangen sein wird, als sich der Begriff des Besitzes schon gefestigt und über den nächsten Kreis seiner Anwendung hinaus auf alle Servituten ausgedehnt hatte. Zunächst aber hat sich dieser, soweit wir sehen, am Usufruct, also an einer Servitut, die ihrer besondern Natur wegen, nur sehr selten der Ersitzung unterliegt, in fester Weise gestaltet[bb]), und hier lag

z) Vat. fragm. § 92.

aa) L 1 § 2 de itin. actuque.

bb) Dafür spricht auch die Art und Weise, wie Ulpian in l. 11 § 1 de Publ. in rem act. 6, 2 von der Anwendbarkeit der Publiciana auf Servituten handelt. Er sagt: Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam...; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam constat.

dieser Begriff um so näher, als der Beginn der Ausübung regelmäßig auch mit einem Uebergang der Detention der körperlichen Sache verbunden war, so daß dieser Act schon äußerlich genommen die größte Aehnlichkeit mit einer wirklichen Besitzergreifung hatte. Darum lag aber auch hier die Gefahr einer Verwechselung zwischen dem Besitz der körperlichen Sache und dem des Usufructs nahe, und das mochte Manchen bewegen, der den Begriff an sich anerkannte, dafür den Ausdruck possidere und possessio ganz zu meiden, wie zum Beispiel in jener Stelle der Vaticanischen Fragmente [§ 90 und § 91], deren Verfasser mit Sicherheit nicht erkannt werden kann, die Besitzinterdicte, damit sie für den Usufruct benutzt werden können, dahin umgestaltet werden, daß die Uebung desselben nicht mehr mit possidere bezeichnet wird [cc]). Man ging davon aus, wie Ulpian in l. 1 § 8 quod legat. 43, 3 bemerkt, daß „ususfructus non *possidetur*, sed magis *tenetur*" [dd]). In den Pandekten ist aber die Ansicht Ulpians recipirt, der die unmittelbare Anwendbarkeit der Interdictformeln vertheidigte [ee]), und ebenso finden wir dort auch wiederholt die factische Uebung eines Usufructs oder auch einer andern Servitut mit possessio und possidere [ff]) oder

cc) Hierauf scheint sich auch der Ausspruch Javolens zu beziehen, wenn er in l. 20 de serv. 8, 1 gegen Labeo die Möglichkeit der Tradition von Servituten anerkennt und fortfährt: Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Denn meinte er damit die Wege- und Wasserinterdicte, so hätte er diese als eine Schöpfung der neuen Theorie vom Quasibesitz hingestellt, während sie doch allen Anzeichen nach einer viel früheren Zeit angehören und weit über Labeo hinausgehen werden. Deßhalb wiederlegt diese Stelle unsere Behauptung nicht, daß die zuletzt genannten Interdicte gar keine interdicta veluti possessoria sind, und sie wird nur auf die für den Usufruct eingerichteten Formeln der intd. uti possidetis, utrubi, u. s. w. zu beziehen sein.

dd) Aehnlich heißt es auch in Vat. fragm. § 91: . . ob id, quod uti frui prohibitus est, proprie *deiectus* dici non potest.

ee) L. 1 § 8 quod legator. 43, 3; l. 3 § 13—18 de vi 43, 16; l. 4 uti possidetis 43, 17. In diesen Stellen lassen sich die Spuren des früheren Streits noch erkennen, vgl. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 86 ff.

ff) L. 2 comm. praed. 8, 4; l. 6 § 1 si serv. vind. 8, 5; l. 2 § 3 de precar. 43, 26. Wie die l. 7 de itin. 43, 20 des Celsus nur uneigentlich von einem ius fundi possidere zu reden scheint, haben wir oben in Anm. y dargestellt.

doch mit quasi possessio und quasi possidere bezeichnet [gg]). Neben diesen Stellen finden sich aber wie gesagt, noch manche andere Fragmente recipirt, die jenen Begriff gänzlich leugnen, und wir können dadurch beobachten, wie sich derselbe allmälig in der Wissenschaft gebildet, nach seinem ersten Auftreten noch wiederholt verworfen und endlich nicht ohne Zuthun des Prätors zur sichern Anerkennung gelangt ist. Es wird von Nutzen sein, dies an einzelnen Ausflüssen dieser neuen Rechtsbildung zu verfolgen und deßhalb zunächst einmal in's Auge zu fassen, wie der Begriff der Tradition auf dem Servitutengebiete zum Bedürfniß wurde, und sich deßhalb auch nach vergeblichen Versuchen ihn auf andere Weise zu ersetzen, zur Anerkennung durch Rechtswissenschaft und Edict durchfocht.

Es waren Regeln des Civilrechts, die zunächst die Lücke offenlegten, welche die Rechtsentwickelung hier seither bot. Als nämlich die Servitutenerrichtung Gegenstand von Contrakten zu werden begann, ward der römischen Jurisprudenz die Aufgabe gestellt, für die emtio servitutis Regeln aufzustellen, die denen für den Kauf körperlicher Sachen, für die sich ja zunächst dieser Contrakt entwickelt hatte, möglichst ähnlich sein mußten. Der Verkäufer schuldete immer ein habere licere und mußte daher nicht nur Alles thun, was in seinen Kräften stand, um das gekaufte Recht auf den Käufer zu übertragen [hh]), sondern ihn auch factisch in den Stand

---

gg) L. 23 § 2 ex quib. caus mai. 4, 6; l. 10 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 3 § 17 de vi 43, 16. Auf Grund dieser Stellen ist der Ausdruck Quasipossessio oder Quasibesitz in unserer Terminologie zum technischen für das fragliche Verhältniß geworden.

hh) Manche Schriftsteller, wie z. B. Hasse im Rheinischen Museum erster Jahrg. S 82 und Vangerow, Leitfaden Bd. 1 § 350 S. 800 nehmen an, der Verkäufer habe hier, wie überhaupt beim Verkaufe einer res mancipi niemals zur Vornahme der Mancipation oder in iure cessio genöthigt werden dürfen sondern er habe seine Verpflichtung zum habere licere auch ohne diese völlig erfüllen können. Dieser Schluß möchte aber der bona fides, welche das höchste Gesetz des Kaufcontrakts ist, wenig entsprechen. Sobald dem Käufer die freie Benutzung der Sache gesichert war, so hatte er kein Interesse daran, zu fragen, ob er nun auch wirklicher Eigenthümer, und deßhalb, ob sein Auctor es früher gewesen sei, und darum sollte bloß der Mangel dieses Eigenthums noch nicht hinreichen, um Entschädigungsansprüche darauf zu bauen. Daß aber

setzen, es wirklich auszuüben. Wenn dennoch das Recht nicht auf den Käufer überging, weil dem Verkäufer die nöthige Qualification für gültige Vornahme der Bestellungshandlung fehlte, so konnte dieser doch nur dann auf Grund der auch mit diesem Kaufe regelmäßig verbundenen duplae stipulatio in Anspruch genommen werden, wenn dem Käufer von dem wirklich Berechtigten oder doch auf dem Rechtswege die Ausübung der gekauften Befugniß unmöglich gemacht ward; geschah dies nicht, sondern verblieb ihm die Nutzung derselben, das habere, von dieser Seite her ungestört, so hatte er dem Verkäufer gegenüber keinen Anspruch. Da er nun also den Erwerb der dinglichen Klage nicht mit Nothwendigkeit fordern konnte, so war er in allen den Fällen, wo er nicht von einem besser Berechtigten, sondern von irgend einem Unberechtigtigten in der Ausübung gestört wurde, und demnach die duplae stipulatio des Verkäufers nicht verwirkt war, für die Zeit, wo auf die bloße Thatsache, daß man eine Servitut in der und der Weise geübt habe, keinerlei Klage gestützt werden konnte, lediglich auf seine Kaufklage gegen den Verkäufer angewiesen, die, wenn dieser selbst der Störer war, alsbald auf Entschädigung ging, wenn es aber ein Dritter war, für dessen Handlungen der Verkäufer nicht einzustehen hatte, nur Abtretung

---

der Verkäufer darum die Maaßregeln unterlassen konnte, welche dazu dienen sollten, die Nutzung des Käufers für alle Zeiten sicher zu stellen, und daß dieser sich schon begnügen mußte, wenn er für den Augenblick übte, und nicht auch auf einen allgemeiner wirksameen, nachhaltigeeen Schutz, wie ihn nur die dinglichen Klagen geben, Anspench haben sollte, kann unmöglich eine Folge jenes auf die Billigkeit gebanten Satzes sein, zumal es für den Verkäufer doch so leichte Mühe wae, seiner Seits vorzunehmen, was zur solennen Ceeirung des civilen Rechts nöthig war, und es daher fast eine Art von Unehrlichkeit wäre, wenn er sich dessen geweigert hätte, was das einfachste und zweckdienlichste Mittel war, um den beim Abschluß des Kaufs im Auge gehabten Zweck auf die danerhafteste Weise zu erreichen. Daß nun auch die römischen Jueisten also dachten, und daß sie mit dem Verkaufen einee Servitut auch immer die Cession deeselben als verbunden dachten, geht z. B. aus der l. 14 de S. P. R. 8, 3 hervoe, wo Pomponius, also ein Jurist der wie Gaius noch ganz auf dem Boden des alten Servitutenrechts steht, sagt: sed et si aquaeductum alii concessero, alii iter per eundem locum *vendere vel alias cedere* non potero. Vgl. auch Pauli Rec. Sent. I tit. 13 a § 4.

der Klage fordern mußte, welche etwa der Verkäufer, als Besitzer der körperlichen Sache, durch die Störung seines Stellvertreters, des Käufers, gegen den Störer erworben haben konnte. Denn zu dieser Abtretung war er durch die aus dem Kaufcontrakte fließende bona fides genöthigt. Da aber dieser Weg immer ein Umweg war, der noch dazu vereitelt wurde, sobald der Verkäufer den Besitz oder das Eigenthum an der belasteten Sache verlor, und daher gegen Besitzstörer und Verletzer selbst keine Klagen mehr hatte, so liegt auf der Hand, wie viel weniger günstig der Käufer einer Servitut gestellt war, als wie der Käufer einer körperlichen Sache, der in Folge des Anspruchs auf habere licere Tradition der Sache fordern konnte und durch diese nicht nur den Interdiktenschutz jeder eigenmächtigen Störung gegenüber erlangte, sondern sich auch mit der actio Publiciana Unberechtigten gegenüber stets wieder in den Besitz setzen konnte. Die Tradition gewährte ihm einen großen Vorzug dem Käufer einer Servitut gegenüber.

Den römischen Juristen entging es nun auch nicht, zu welchem unbefriedigenden Resultate man gelange, wenn man die Regeln des Kaufcontrakts auch beim Kaufe einer Servitut anwendete, und sie suchten daher hier nach einer Abhülfe. Aber das Mittel, welches die ältern Juristen hier empfehlen, war wenig geeignet[ii]). Labeo[kk]) und Pomponius[ll]) fordern, daß der Verkäufer, der ja schon eine Stipulation, die regelmäßige stipulatio duplae schuldete, noch eine zweite interponiren müsse, worin er sich verpflichte, den Käufer nicht zu stören, und worin er wahrscheinlich auch für den Fall einer von ihm ausgehenden Störung alsbald eine Conventionalstrafe versprechen

---

ii) Es ist dasselbe, welches nach der obigen Ausführung (Anm. a) der viel spätere Paulus noch im Processe brauchen will, um dort das Institut des Besitzes, dessen Anwendbarkeit er leugnet, zu ersetzen.

kk) L. 20 de serv. 8 1. Iavolenus. — Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua possessio esset.

ll) L. 3 § 2 de act. emti vend. 19, 1. Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque cavere debes, per te non fieri, quominus utar.

sollte[mm]). Diese Stipulationen waren, wie viele uns in den Quellen erhaltenen Beispiele beweisen, regelmäßig alsbald auf die Erben gestellt, indem es hieß: per te heredesque tuos non fieri etc.[nn]). Da sie aber nur gegen Verletzungen durch den Verkäufer oder seine Erben schützten[oo]), so wurde durch dieselben doch durchaus nicht der ganze oben dargelegte Uebelstand beseitigt, wenn gleich sich nicht leugnen läßt, daß grade durch den Besitzer der dienenden Sache, — und das wird der Verkäufer doch meistens bleiben — am leichtesten das Interesse des Servitutenkäufers verletzt werden kann, und es daher für diesen ein wichtiger Gewinn ist, wenn er ein leichter benutzbares und nachdrücklicher wirksames Schutzmittel dagegen hat, als es ihm seine Kaufklage gewährt. Aber nichts desto weniger blieb hier ein Mangel in der Rechtsentwickelung.

Von dem Streben, diese Lücke durch analoge Ausbildung des Begriffs der Tradition auszufüllen, giebt uns die erste Nachricht, jedoch nur im Gewande subjectiver Auffassung, Javolen in der l. 20 de serv. 8, 1, indem er dort nach Darstellung der Ansicht Labeos fortfährt: Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. Allein alsbald durchgedrungen ist diese Ansicht nicht, wie die oben erwähnte l. 3 § 2 de act. emt. vend. des Pomponius beweißt, der wenigstens nicht vor Javolenus Priscus lebte [denn sein Bericht über die römischen Juristen in l. 2 de orig. iur. 1, 2 nennt diesen noch], und selbst Gaius konnte noch sagen: Incorporales res traditionem non recipere manifestum est[pp]). Wenn wir deßhalb von Juristen derselben Zeit in Stellen

---

mm) Beispiele solchen Pönalstipulationen geben l. 36 de S. P. R. 8, 3 und l. 85 § 3 de V. O. 45, 1.

nn) L. 25 § 12 fam. hercisc. 10, 2; l. 2 § 5, l. 85 § 3 de V. O. 45, 1.

oo) L. 49 § 1 de V. O. 45, 1.

pp) In l. 3 de usufr. 7, 1 erkennt er freilich in gewisser Hinsicht schon die Möglichkeit und Wichtigkeit der Tradition eines Ususfructs an, indem er daselbst die testamentarische Auflage: usufructum dare, also interpretirt: Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. Es mußte also die factische Uebung schon die Lage des Berechtigten in irgend einer Weise sicherer zu stellen vermögen, — denn sonst

des Corpus Juris die Tradition ohne Weiteres als ein Entstehungsmittel der Servituten behandelt sehen, so liegt der Verdacht nahe, daß hier erst die Compilatoren die neue Lehre eingeschwärzt haben, und so scheint namentlich in Africans l. 32 de S. P. R. 8, 3 für das „tradidisti", ein „mancipasti", oder „in iure cessisti" gedacht werden zu müssen, da er, wenn er auch der Ansicht Javolens gewesen wäre, doch schwerlich von solchem Falle, wo nur Tradition stattgefunden hat, gesagt hätte: recte eo modo servitutem constitutam ait, sondern doch nur wie die spätern Verfechter dieser Lehre von einer possessio servitutis oder dergleichen hätte sprechen können qq). Dagegen vertheidigt Julian, der sich selbst der Schüler Javolen's nennt rr), wiederholt die Ansicht dieses seines Lehrers, indem er in l. 16 si serv. vind. 8, 5 Klagen und Einreden entstehen lassen will, wenn jemand ein Kaufgeschäft über eine Servitut abgeschlossen und nachher unter Mitwissen des Verkäufers ex causa emtionis die Servitut geübt hat, — also die Servitut tradirt erhalten hat, und indem er in l. 3 si usufr. pet. 7, 6 sagt, die durch bloße Tradition entstandene „possessio" stehe hinsichtlich des Untergangs wegen Nichtgebrauch durchaus dem „dominium ususfructus" gleich. Einen ganz neuen Standpunkt behauptet aber Ulpian in dieser Frage; er sagt in l. 1 § 2 de S. P. R. 8, 3:

Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris.

und bezeichnet anderwo die durch Tradition entstandenen Ser-

---

hälle der Onerirte damit frei werden müssen, daß er die Uebertragung des dinglichen Rechts vornahm, und Weiteres hälle nicht kraft jener testamentarischen Verfügung gefordert werden können.

qq) In l. 15 de O. N. N. 39, 1 geht African auch von der Voraussetzung aus, daß wenigstens für die serv. altius non tollendi der Begriff der Quasipossessio nicht existirt; deun wenn einer darauf gerichteten confessorischen Klage gegenüber der Verklagte nicht defendiren wollte und also die Analogie des Vindicationsprocesses forderte, daß er den Besitz des eingeklagten Gegenstandes abtrete, so wnßle African nicht anders zu helfen, als daß der Richter die Cantion auferlegen müsse; non prius eo aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere.

rr) L. 5 de manc. vind. 40, 2.

vituten als servitutes tuitione Praetoris constitutae [ss]). Es muß also grade in dieser Zeit irgend eine Anerkennung der neuen Theorie durch das prätorische Edict erfolgt sein; auf welche Weise diese geschehen ist, berichtet wieder Ulpian, indem er in l. 11 § 1 de Publ. sagt:

> Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Es wird also das Edict ausdrücklich erklärt haben, daß die Publicianische Klage zugelassen werde, wenn eine Servitut tradirt sei, und zwar wird, wie es unsern oben gegebenen Andeutungen entspricht, und wie es aus der Darstellungsweise hervorleuchtet, zunächst nur für den Usufruct dieser Grundsatz ausgesprochen und dann erst auf die andern Servituten übertragen sein.

Noch nach anderer Seite hin, ist, wie wir aus unsern Quellen erkennen können, der Prätor der Rechtswissenschaft bei Ausbildung dieser neuen Theorie vom Quasibesitz zu Hülfe gekommen; er hat ausdrücklich das Interdict unde vi dem in der Ausübung des Usufructs begriffenen und daran gewaltsam gehinderten Usufructuar gegeben [tt]). Aber freilich ist dieses Gebot von den römischen Juristen, je nachdem sie für oder gegen den Begriff des Quasibesitzes waren, verschieden ausgelegt worden. Paulus, der schon bei einer andern Gelegenheit gesagt hat, ein Recht könne nicht besessen werden, und deßhalb könne auch niemand mit Gewalt aus dem Rechte dejicirt werden [uu]), läßt sich dadurch nicht von seiner Opposition abhalten und faßt die Bestimmung des Edicts daher nur als eine singuläre, durchaus wörtlich zu interpretirende Vorschrift auf. Deiectum ab usufructu, sagt er, in eandem causam Praetor restitui iubet, id est, in qua futurus esset, si deiectus non esset. Demnach müsse,

---

ss) L. 1 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4.

tt) L. 3 § 13—17 und l. 9 § 1 de vi, 43, 16. Vgl. l. 27 de don. 39, 5. Vat. fragm. § 90.

uu) L. 4 § 27 de usurp. 41, 3 — quia nec possideri intelligitur ius incorporale; nec de via quis, id est mero iure, detruditur.

fährt er fort, die Restitution stets geschehen, möge auch immer inzwischen der Zeitpunkt eingetreten sein, mit welchem der Usufruct erlöschen sollte, und deßhalb könne der Eigenthümer, falls er der Dejicient war, einen ganz neuen Usufruct dieses Interdicts wegen bestellen müssen. Also nicht auf den Besitz der Servitut stützt sich dieses Interdict, — denn dann könnte es nicht mehr angestellt werden, wo ein Erlöschungsgrund für das angebliche Recht eingetreten, und in Folge dessen auch der animus possidendi untergegangen war, — sondern lediglich auf die Thatsache der Dejection, und aus dieser gehen dem Wortlaut des prätorischen Edicts gemäß immer dieselben nachtheiligen Folgen für den Dejicienten hervor, möge inzwischen auch der Besitz des Usufructs, welcher gestört wurde, zur Unmöglichkeit geworden sein. Ganz anders faßt es Ulpian in l. 3 § 13—17 h. t., indem er hier, wie überall, von dem Begriffe des Quasibesitzes ausgeht, und, indem er in diesem Interdict nur ein Schutzmittel für letzteren sieht, will er dasselbe da, wo der dejicirte Usufructuar nachher eine capitis deminutio erlitten hat oder gestorben ist, und demnach das seither besessene Recht erloschen ist, nicht mehr auf Herstellung des Usufructs, sondern nur auf Ersatz des durch die Dejection entstandenen Schadens zulassen vv).

---

vv) Da die Ansichten von Paulus und die von Ulpian, die sich ursprünglich gewiß gegenüber standen, in denselben Pandectentitel recipirt sind, so wird man daraus folgern müssen, daß nach dem Willen Justinians das Interdict, soweit es Herstellung des Usufructs zum Gegenstande hat, nicht mehr zulässig ist, wenn inzwischen ein Grund eingetreten ist, der den allgemeinen Regeln gemäß jeden Usufruct erlöschen lassen würde (capitis deminutio, Tod), daß aber das Interdict dadurch nicht aufgehoben werden soll, daß gerade für diesen bestimmten Usufruct, um dessen Besitz es sich handelt, einer der Erlöschungsgründe eingetreten ist, welche den besondern, bei der Errichtung getroffenen Verabredungen gemäß den Usufruct aufheben sollen (dies, conditio). Und diese Entscheidung wird sich, wenn auch nicht ratione juris, so doch ratione utilitatis genügend rechtfertigen lassen, indem da, wo einer jener allgemeinen Gründe eingetreten ist, die betreffende Thatsache fast immer klar und leicht zu erweisen sein wird, während dies hinsichtlich der besondern Verabredungen häufig nicht der Fall sein wird, und deßhalb der Dejicient den weitesten Spielraum für allerlei Einwände haben würde und den Proceß bedeutend verzögern könnte.

Dieselbe Erscheinung, daß ein römischer Jurist die Zulässigkeit eines Besitzinterdictes zu Gunsten des Usufructuars anerkannte, aber dennoch nicht den Begriff des Quasibesitzes eingestand, begegnet uns auch an Pomponius, indem derselbe die Möglichkeit der Tradition von Servituten, wie wir sahen, verwarf, und doch das interd. uti possidetis zu Gunsten des Usufructuars zugelassen hat[ww]). Eine Erklärung dieses Verfahrens möchte sich daraus entnehmen lassen, daß uns mehrfach das Streben begegnet, den Usufructuar möglichst mit den rechtlichen Attributen des Eigenthums auszustatten, und wie er daher zum Schutz seines Rechts nicht auf die confessorische Klage beschränkt ist, sondern daneben noch manche Rechtsmittel hat, die zunächst nur den Eigenthümer gegen Verletzungen seiner eigenen Sache schützen sollten, so mochten jene Juristen ihm auch die Besitzinterdicte nur um deßwillen zugestehen wollen, weil sie einer der Vortheile waren, welche dem Eigenthümer, sobald er zugleich Besitzer war, zustanden, und daher ertheilten sie ihm solche nicht sowohl in seiner Eigenschaft als Servitutenbesitzer sondern als Detentor der körperlichen Sache. Sie schrieben auch ihm, um mit unserer heutigen Technik zu reden, einen abgeleiteten Besitz zu.

Die Gegner des Servitutenbesitzes scheinen denselben aber doch bei einer Art von Servituten immer, wenn auch lange Zeit ohne sich dessen recht bewußt zu werden, anerkannt zu haben. Wir erwähnten schon früher, wie bei den Servituten, welche durch eine mit dem herrschenden Grundstück zusammenhängende Vorrichtung ausgeübt werden, diese Ausübung nur als eine Consequenz des Besitzes der herrschenden Sache aufgefaßt und daher deren Störung

ww) L. 4 uti poss. 43, 17. Ob auch dies Interdict ausdrücklich vom Prätor für diesen Fall erweitert ist, kann zweifelhaft erscheinen. Die Vaticanischen Fragmente (§ 90) sagen: **Inde et interdictum *Uti possidetis* utile hoc nomine proponitur et *Unde vi*,** quia non possidet und scheinen damit auf eine ausdrückliche Stelle des Edicts zu deuten, Ulpian aber beruft sich für die Zulässigkeit des Interdicts nur auf Pomponius, und der ganzen Fassung des Satzes nach scheint er nur auf wissenschaftlichem Wege dahin gelangt zu sein. Wahrscheinlich ist deßhalb, daß die Vatikan. Fragm. auch nur eine wissenschaftliche Theorie im Auge hatten, die das Interdict also gefaßt haben wollte.

stets als eine Verletzung dieses behandelt zu sein scheint, wie ferner nur diese Servituten vor der lex Scribonia der Ersitzung unterworfen gewesen sein werden, und wie Paulus in l. 14 de serv. 8, 1 die Unmöglichkeit der Usucapion bei ihnen nur durch Berufung auf das positive Gesetz motivirt, während er es für die andern Servituten mit Gründen unterstützt, die jeden Besitz derselben zur Unmöglichkeit machen würden. Wenn daher derselbe Paulus, der auch in der erwähnten l. 4 § 27 de usurp. jeden Besitz unkörperlicher Rechte geleugnet hat, dennoch in der l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2 xx) vom Besitz solcher Servituten redet, quae in superficie consistunt, so braucht er damit den Servitutenbesitz im Allgemeinen noch nicht anerkannt zu haben, und wir werden daher bei Benutzung dieser und anderer Stellen des Paulus die Opposition in der er zu der neuen, namentlich von seinem Zeitgenossen Ulpian vertretenen und im Corpus Juris recipirten Theorie steht, nicht vergessen dürfen und demgemäß den practischen Werth dieser Stelle für das spätere Recht bemessen müssen. Zeigt doch schon die ganze Wortfassung jener Stelle, wie ihm der Servitutenbesitz keineswegs zu einem selbständigen Begriff geworden ist, sondern noch ganz in den Besitz der herrschenden Sache aufgeht, und nur die Bedeutung einer besondern Qualification desselben hat. Daß er in der früher [§ 17 S. 152] weitläufig erörterten l. 28 de S. P. U. 8, 2 von einer Servitut, der die perpetua causa fehlte, sagte: id neque flumen esse neque tempore acquiri placuit, fordert noch nicht mit Nothwendigkeit den Schluß, daß er seiner Seits die Servitutenersitzung und also auch den Servitutenbesitz anerkannte, sondern er konnte möglicher Weise, da er von der neuen Theorie wissen mußte, wenigstens diesen einen Fall gegen dieselbe sichern wollen; und außerdem möchte die serv. fluminis, als welche das dort in Frage stehende Verhältniß möglicher Weise aufgefaßt werden konnte, zu den Servituten gehören, die sich in einer körper-

xx) Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur; nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam, per causam ligni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet, et si moenianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero, quia in tuo aliquod utor, et sic quasi facto quodam possideo. Vgl. Anm. n.

lichen Verrichtung des herrschenden Grundstücks darstellen, und an denen daher auch Paulus einen Besitz zugelassen haben würde. Wenn er dagegen in l. 25 quemadm. serv. am. 8, 6, wie es scheint, mit besonderer Beziehung auf Wegeservituten sagt: Servitute usus non videtur, nisi qui suo iure uti se credidit; und dann fortfährt: ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit, so ist das Interdict, von dem er redet, natürlich das Wegeinterdict, die Klage aber braucht nicht nothwendig, wie man gewöhnlich annimmt, eine auf Ersitzung gestützte confessorische zu sein, so daß Paulus hier indirect die Servitutersitzung anerkennt, sondern er kann damit auch nur haben sagen wollen, wenn man sich die confessorische Klage durch usus erhalten, d. h. den Untergang der Servitut und der zugehörigen Klage durch Nichtgebrauch vermeiden wolle, so müsse diese Ausübung von der und der Beschaffenheit sein. Die Stellung, welche diesem Fragment von den Compilatoren gegeben ist (im Titel quemadmodum servitutes amittuntur), macht es sogar wahrscheinlich, daß sie dies uti, von dem darin die Rede ist, zunächst so verstanden, als spreche Paulus von der Unterbrechung der Servitutenverjährung, und sie haben vielleicht in dem Zusammenhang, aus welchem dasselbe genommen ist, bestimmte Anhaltspunkte für diese Meinung gehabt. Auf jeden Fall aber werden wir Paulus nicht zu den Juristen rechnen können, welche den Servitutenbesitz als ein in sich abgeschlossenes und mit allen Attributen des Sachenbesitzes ausgestattetes Institut anerkannten.

Wir haben seither näher untersucht, wie die einzelnen römischen Juristen zu der neuen Theorie vom Quasibesitz gestanden haben, einer Untersuchung, der wir uns nicht entziehen zu können glaubten, weil davon häufig abhängen wird, ob wir eine Harmonie zwischen den von ihnen ausgesprochenen Sätzen und der Lehre vom Servitutenbesitz anerkennen müssen oder nicht. Wir können darnach mit Sicherheit nur Javolen, Julian und Ulpian für dieselbe anführen[yy]; daß sie aber dennoch die im Corpus Juris recipirte ist,

yy) Die Stellung von Gaius ist eine zweideutige. Er verwarf, wie wir sehen, die Tradition und erkennt doch die Nützlichkeit eines derartigen Aktes

wird keinem Zweifel unterliegen, wenn man die vielfach aufgenommenen klaren Sätze **Ulpians** in's Auge faßt, und dagegen nicht übersieht, daß die alte Theorie sich meistens nur in der Gestalt von Entscheidungsgründen im Corpus Juris findet, und zwar für Entscheidungen, die auch noch heutigen Tags, wenn auch aus andern Gründen, richtig sind, und daß daher die Compilatoren, denen der Zwiespalt ihrer Quellen ohnehin nicht völlig klar geworden zu sein scheint, leicht zur Aufnahme derselben veranlaßt werden konnten.

Uebersehen wir den Gang, den die Rechtsentwicklung hier genommen hat, so erscheint die Langsamkeit auffallend, mit welcher der Begriff des Quasibesitzes zum Abschluß kommt, da bei der engen Verwandschaft zwischen Eigenthum und Servituten die Analogie des eigentlichen Besitzes einen lebhaften Antrieb gewähren mußte. Zum Theil mag sich dies auch aus einem Mangel der Sprache erklären; die vollständige factische Herrschaft über eine Sache nannte man Besitz dieser Sache und nicht etwa Besitz an dem Eigenthum dieser Sache. Ein Wort aber, welches das Object des Besitzes bezeichnen konnte, falls dieser nur in einer einzelnen Eigenschaft der Sache bestand, fehlte der Sprache durchaus und sie mußte daher, um dies Verhältniß zu benennen, das dingliche Recht zu Hülfe nehmen, welches auf dasselbe Object gerichtet war, und also von einer „Possessio", oder was in dieser Beziehung gleich auffallend ist, von einem „Usus" einer Servitut reden. Es ist dies also nur ein, durch eine Lücke in der Terminologie hervorgerufener Sprachgebrauch, für den wir schon oben [§ 32 S. 289] in dem Precarium an Servituten ein Seitenstück fanden. Wer sich aber dessen nicht völlig bewußt war, konnte sehr leicht daran Bedenken finden, daß von einem Besitz an Dingen gesprochen wurde, die in den meisten Fällen, wo die Frage nach dem Besitz praktisch wurde, noch gar nicht existirten, oder deren Existenz wenigstens nicht erwiesen war, und so bedurfte

---

an, aber ohne den Namen dafür zu gebrauchen. Dagegen sagt er in seinem Commentar (IV § 139); der Prätor schreite mit Decreten und Interdicten ein, namentlich **quum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur**; die darauf folgenden Beispiele, die allerdings nicht vollständig erhalten sind, erwähnen dann aber wieder nichts über Servituten.

es einer geläuterten Rechtsauffassung, bis man das Wesen dieses Instituts von dem dafür nöthig gewordenen Namen zu scheiden wußte [zz]).

Nach Darstellung der Geschichte des Quasibesitzes wird uns nun die Aufgabe obliegen, die einzelnen Erfordernisse desselben zu ermitteln. Dem Sachenbesitz mit seinen Voraussetzungen und seinen Vortheilen im Servitutenrecht eine gleiche Bildung zur Seite zu stellen, das war das schließlich mit Erfolg gekrönte Streben der Rechtsbildung. Der Analogie des Sachenbesitzes werden wir daher, da unsere Quellen über diese Lehre so spärlich fließen, einen weiten Spielraum anweisen dürfen, und demgemäß auch hier ein doppeltes Element scheiden können; der Besitzer muß in der Lage sein, wo er die Herrschaft nach Belieben ausüben kann (corpus), und er muß den Willen haben, diese Herrschaft, als ob er ein Recht darauf habe, auszuüben (animus). Erledigen wir zunächst das erstere Requisit, so wird dasselbe beim regelmäßigen Usufruct und den andern Personalservituten, soweit sie Anspruch auf die Detention der belasteten körperlichen Sache geben, am leichtesten und sichersten erkannt werden können. Nur der ist im Quasibesitz, welcher die körperliche Sache detinirt, und deßhalb also der, welcher sich ununterbrochen und ausschließlich in der Möglichkeit befindet, nach Belieben auf den Körper der Sache einzuwirken. Zeitweilige Uebertragung der Vortheile des Eigenthums ist ja der wesentliche Zweck dieser Servituten, und derselbe wird erreicht und also der Usufruct ausgeübt, wenn man sich in demselben körperlichen Verhältniß zu der Sache befindet, wie es der Ausfluß des unbeschränkten Eigenthums sein soll. Und wie nur die Ausübung des Eigenthums, welche in der vollen Herrschaft über die Sache besteht, also der Besitz, einen besondern Rechtsschutz genießt und zum Erwerb des Eigenthums dienen kann, dagegen aber ohne den Besitz die einzelne mit der Sache vorgenommene Nutzungshandlung in dieser Beziehung irrelevant ist, so wird auch nur die Ausübung des Usufructs als Besitz desselben gelten, welche sich als Detention des Körpers der Sache darstellt. Daß dieser daneben auch wirklich gebraucht und Früchte daraus gezogen werden,

---

zz) Vgl. von Savigny Recht des Besitzes § 12.

ist keineswegs nöthig, und wer kraft eines vermeintlichen Ususfructs ein von ihm detinirtes Grundstück mehrere Jahre absichtlich brach liegen läßt, ist doch immer im vollen Quasibesitz[a2]). Allerdings kann aus dem Brachliegen unter Umständen geschlossen werden, daß der frühere Quasibesitzer seinen Quasibesitz hat aufgeben wollen, wie das ebenso hinsichtlich des eigentlichen Besitzes aus derartigen Umständen gefolgert werden kann[b2]), aber dann wird doch erst von dem Augenblick an, wo auch die Detention der körperlichen Sache aufgegeben ist, der Verlust des Quasibesitzes beginnen und wird nicht etwa schon rückwärts bis zur letzten Nutzungshandlung zurückzurechnen sein. Die Detention kann der Quasibesitzer eines Ususfructs auch wieder durch Andere ausüben lassen, und das wird auch da angenommen werden müssen, wo er den Ususfruct nicht dem dinglichen Rechte nach, sondern nur der Ausübung nach an einen Dritten oder auch an den Eigenthümer übertragen hat. Diese werden so gut seine Stellvertreter in Beziehung auf die Detention der Sache und damit in Beziehung auf den Quasibesitz des Ususfructs sein, als er wieder Stellvertreter des Eigenthümers in Beziehung auf den civilen Besitz der körperlichen Sache ist. Darum verliert er auch durch jene Stellvertreter die Detention und damit seinen Quasibesitz nur in Gemäßheit der Regeln über Verlust des Besitzes an körperlichen Sachen, und nur für den Fall, daß er dem Eigenthümer den Ususfruct zeitweilig überlassen hat und dieser die Sache, ohne den Ususfruct vorzubehalten, verkauft, oder in eigenem Namen und also ohne den Usufruct als einen fremden zu bezeichnen, verpachtet hat, soll der Quasibesitz nicht für ihn verloren sein[c2]).

Rücksichtlich der übrigen Servituten, also der persönlichen, welche nicht mit der Detention der körperlichen Sache verbunden

---

a²) Das scheint vielfach und z. B. auch von Savigny, Lehre vom Besitz § 45 verkannt zu werden, indem darüber Untersuchungen angestellt werden, wie es sich verhalte, wenn jemand nicht gebrauche und in Folge davon den Usufruct verliere, und doch die Detention der Sache inne habe — von wann an dann die Quasipossession des Usufructs verloren sei. Allein ein solcher Zustand kann unsers Erachtens nicht vorkommen.

b²) Arg. leg. 4 C. de poss. 7, 32. Savigny a. a. O. § 32.

c²) L. 29 pr. quib. mod. usufr. 7, 4.

sind, so wie aller Realservituten, werden wir gut thun, die positiven zunächst getrennt von den negativen Servituten zu besprechen. Bei den positiven Servituten muß sich die factische Herrschaft dadurch manifestiren, daß je nach ihrer Natur die einzelnen Handlungen, zu denen sie ermächtigen, wirklich ausgeübt sind und die Wiederholung derselben, so oft der Inhalt der betreffenden Servitut solche gestattet, nur von dem Belieben des Quasipossessors abhängig ist, oder daß der dauernde Zustand, in den sie die dienende Sache durch dort angebrachte Vorrichtungen versetzen sollen, wirklich auf irgend eine Weise hergestellt ist, und im Falle er schon wieder gestört ist, seiner Reproduction durch den Besitzer kein Hinderniß entgegensteht. Die Tradition dieser Servituten ist jedoch erst dann geschehen, wenn der Empfänger dieselbe mit Zustimmung des Tradenten ausgeübt hat, beziehungsweise jener Zustand hergestellt ist[d²]). Die Forderung ist also hier strenger, als wie sie beim Besitz körperlicher Sachen zu sein pflegt, da es für diesen nicht erforderlich ist, daß jeder Besitzer selbst Besitzhandlungen vornimmt, sondern schon die Möglichkeit genügt, jeder Zeit auf die Sache einzuwirken, und demnach auch analog für die Tradition einer Servitut oft schon genügen müßte, daß die Erlaubniß zur Ausübung ertheilt wäre und derselben voraussichtlich kein Hinderniß entgegentreten werde. Die strengern Grundsätze, die hier gelten, hängen wohl damit zusammen, daß durch die Tradition nicht die schon bestehende Servitut vom Eigenthümer auf den Empfänger übertragen wird, sondern daß es eine ganz neue Sache ist, die erst in diesem Moment und erst beim Empfänger zur Existenz kommt, so daß es sich daher auch nicht um die Fortsetzung eines schon beim Tradenten bestehenden Besitzes, sondern um die Herstellung eines ganz neuen handelt, und daß ferner hier bis zur wirklichen Uebung viel leichter Zweifel entstehen können, ob Tradent und Empfänger ganz dieselbe Servitut mit denselben Modalitäten im Sinne haben, als wie bei der Tradition der körperlichen Sache über die Identität des Objects geirrt werden kann. Steht man mit dem seitherigen Besitzer eines Grundstücks vor diesem, und hier geschieht die Tradition durch Zuweisung, so ist ein Irrthum über

---

d²) L. 20 de serv. 8, 1.

das Object und regelmäßig auch über den Umfang desselben nicht weiter möglich, da eben nur das eine in seinem jetzigen Bestande gemeint sein kann, während wenn zwei in gleicher Weise eine Wegeservitut über dies Feld verabreden, diese sich durch die verschiedenen Modalitäten so mannigfach gestalten kann, daß der Empfänger häufig nicht eher zu der sichern Ueberzeugung gelangen wird, daß der tradirende Eigenthümer ihm keine Schwierigkeiten in der Ausübung machen werde, und er also wirklich die Möglichkeit habe, jeden Augenblick dort zu gehen, als bis sich durch die That gezeigt hat, von welcher Servitut er Besitz ergreifen wolle, und welche ihm vom Tradenten concedirt werde.

Dies mochten die Gründe sein, welche die römischen Juristen zur Aufstellung des Satzes führten, daß Besitz einer solchen Servitut nur da sei, wo sie wirklich geübt werde, und dies werden wir benutzen müssen, um zu bestimmen, welche der mehreren Handlungen, zu denen etwa die Servitut ermächtigt, zum Zwecke des Besitzerwerbs vorgenommen sein müssen. Man erörtert diese Frage gewöhnlich nicht weiter und lehrt nur, die Servitut müsse ausgeübt sein; daß aber das nicht heißen kann, alle und jede daraus fließende Befugniß müsse vollständig wenigstens einmal benutzt sein, liegt auf der Hand, wenn man z. B. daran denkt, wie in einer Wasserleitungsservitut auch die Befugniß zur Vornahme von solchen Reparaturen enthalten ist, die vielleicht nur alle 50 Jahre nöthig sind. Man wird da doch den Besitz der Wasserleitungsservitut auch schon dann anerkennen dürfen, wenn jene Reparaturen noch nicht gemacht sind, und überhaupt den Satz aufstellen können, daß eine Servitut dann besessen wird, wenn die bis jetzt vorgenommenen Ausübungshandlungen den Inhalt derselben in genügender Weise zu charakterisiren vermögen, so daß daraus auf die Art und Weise der andern durch die Servitut gestatteten Handlungen mit Sicherheit oder doch großer Wahrscheinscheinlichkeit zurückgeschlossen werden kann. Aus dem Leiten des Wassers über ein fremdes Grundstück wird gefolgert werden können, daß man auch die Leitung erhalten darf, weil sonst keine dauernde Wasserleitung möglich ist; aber auch umgekehrt, stellt jemand mit Wissen des Eigenthümers auf fremden Boden Vorrichtungen her, die nur dazu dienen können, um Wasser auf ein eigenes Grundstück

zu leiten, so wird die Tradition der Servitut geschehen sein, so bald diese Vorrichtungen so weit gediehen sind, daß die Richtung und die Art und Weise der Leitung daraus mit Sicherheit erkannt werden kann, und der wirklichen Leitung des Wassers wird es nicht bedürfen. Es kann nun aber auch geschehen, daß die bereits vorgenommenen Handlungen genügend sind, um den Inhalt einer Servitut zu bilden, daß aber in dem vorliegenden Falle derselbe noch zu weitern Handlungen ermächtigt, auf die aus den bisher vorgenommenen nicht geschlossen werden kann. Dann wird der Besitz nur an den einzelnen seither gebrauchten Elementen der Servitut bestehen, und wir kommen also damit dahin, daß Besitz und Recht auch hier von verschiedenem Umfange sein können. Beansprucht z. B. jemand die Servitut, Kalk auf fremdem Grundstück zu graben, dort zu brennen und dann abzufahren, hat aber bis jetzt nur gegraben, so wird sich daraus nur der Besitz des Rechts, zu graben, und was sich als nothwendige Consequenz desselben darstellt, weil sonst jenes Recht unnütz wäre, der Besitz des Rechts, das Gegrabene abzufahren, ableiten lassen.

Ist der Besitz dieser Servituten einmal erworben, so dauert er, wenn nicht etwa der Wille, zu besitzen, aufhört, so lange, bis die durch die Servitut gestatteten Ausübungshandlungen dem Besitzer auf irgend eine Weise unmöglich gemacht sind. Daß die Ausübungshandlungen auch wirklich regelmäßig vorgenommen werden, ist daher zur Erhaltung des Besitzes, soweit es sich um die äußere Erscheinung, das corpus possessionis, handelt, durchaus nicht nöthig, und ebenso geht auch der Besitz solcher Servituten, welche einen dauernden Zustand der dienenden Sachen durch dort angebrachte Vorrichtungen herstellen sollen, nicht schon, wie man gewöhnlich lehrt, durch zeitweilige factische Aufhebung dieses Zustands verloren, sondern dauert fort, sobald nur der Servitutbesitzer die Möglichkeit behält, denselben jeden Augenblick wiederherzustellen. Das Herausnehmen des in die fremde Mauer geschobenen Balkens unterbricht also nicht den Besitz der serv. tigni immittendi, sondern dieser geht, soweit zur Erhaltung des Besitzes die factische Herrschaft, das corpus possessionis, in Frage kommt, erst verloren, wenn von irgend jemanden gegen den Willen des Servitutbesitzers Vorkehrungen getroffen werden, die ihm

die Wiedereinschiebung des Balkens unmöglich machen[e2]). Wohl aber kann daraus, daß der durch die Servitut gestattete Zustand längere Zeit nicht wieder hergestellt wird, oder die einzelnen Ausübungshandlungen nicht vorgenommen werden, nach Analogie des Falles, wo der Besitzer eines Feldes dasselbe brach liegen läßt, auf ein Aufgeben des Willens, zu besitzen, gefolgert werden, und demgemäß wird da, wo der Servitutenbesitz in Frage kommt und seine Entstehung nachgewiesen ist, dem, der ihn bestreitet, der Beweis nachgelassen werden müssen, daß die Servitut längere Zeit nicht ausgeübt sei, und daraus auf den Untergang des Besitzes geschlossen werden können. Wie lang die Zeit sein muß, in der nicht geübt ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern wird in jedem Falle

---

e2) Für diese Auffassung spricht mit Entschiedenheit die Analogie des Besitzes an unbeweglichen körperlichen Sachen, indem auch dieser nicht verloren geht, wenn man die besessene Sache zeitweilig verläßt. Man will nun freilich — und also haben sich die angesehensten Rechtslehrer erklärt, wie z. B. von Savigny a. a. O. § 46 — für die Servituten, welche Anspruch auf bauliche Verrichtungen auf der dienenden Sache geben, wie es grade bei der **serv. tigni immittendi** der Fall ist, eine entgegengesetzte Regel aus der **l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2** entnehmen, wo gesagt wird, daß jene Servitut besessen werde, **si tignum immissum habuero.** Allein diese Stelle stammt von Paulus, der an diesen Servituten, **quae in superficie consistunt,** nur einen Besitz anerkennt, soweit sich derselbe als Qualification des Besitzes der herrschenden Sache darstellt, und denselben daher leugnen muß, sobald dieser Gesichtspunkt nicht möglich ist. Nun haben aber allerdings die Compilatoren diese Stelle aufgenommen, und es fragt sich, ob nicht dieser allerdings singulären Bestimmung gegenüber die Analogie des Sachenbesitzes in so weit zurücktreten muß. Allein diese Stelle sagt zunächst nur, daß Servitutenbesitz vorhanden sei, wo der Balken immittirt sei, — also ein Satz, der noch immer richtig ist — und erst durch ein **argumentum a contrario** können wir dahin kommen, daß der Besitz nur so lange dauere, als die Immission dauere. Im Sinne des Paulus wird dieser Schluß allerdings auch noch richtig sein; daß aber auch die Compilatoren denselben lediglich durch die Aufnahme dieser Stelle haben billigen und damit die sonstige Besitztheorie haben brechen wollen, das erscheint uns durchaus zweifelhaft, zumal sie es gewohnt waren, Stellen aufzunehmen, welche jener Folgerungsweise nicht gewachsen waren, und daher auch in einer conciseren Form, etwa durch Einschiebung eines „nur“ oder dergl. ihren Willen zu erkennen gegeben hätten.

in das richterliche Ermessen gestellt werden müssen, wobei die Entscheidung namentlich von der Beantwortung der Fragen abhängen wird, ob Veranlassung zur Benutzung der Servitut vorhanden war, oder nicht, und ob sich im erstern Falle das Unterlassen der Benutzung durch andere Gründe erklären läßt, so daß es nicht die Folge eines animus non possidendi gewesen zu sein braucht. Nur bei den Servituten, welche durch Nichtgebrauch untergehen, wird man allgemein mit Bestimmtheit sagen können, daß der Besitz daran spätestens dann verloren sein muß, wenn während der ganzen für die Verjährung einer derartigen Servitut festgesetzten Zeit keine Ausübungshandlung vorgenommen ist, weil, wenn hier schon aus einem so langen Nichtgebrauch der Verzicht auf das Recht gesetzlich vermuthet werden soll, daraus noch viel mehr ein Verzicht auf den Besitz entnommen werden muß.

Hinsichtlich des Besitzes der negativen Servituten ist viel darüber gestritten worden, was zur Begründung desselben nöthig sei. Man hat häufig als den Inhalt dieser Servituten die Befugniß zum Verbieten hingestellt, — eine Meinung, die wir schon früher [§ 4 S. 30] widerlegen mußten — und hat daraus dann gefolgert, die Servitut sei nicht eher geübt, als bis ein solches Verbot erfolgt wäre, und also, damit dasselbe motivirt wäre, als bis vorher der wirkliche oder Scheinversuch gemacht wäre, gegen die Servitut zu handeln. Allein den eigentlichen Inhalt der Servitut bildet das Recht auf einen Zustand, in welchem das und das nicht geschieht, und das Recht, zu verbieten, ist nur eine Folge davon, wie es die Folge jedes dinglichen Rechtes ist, daß man verbieten kann, was dasselbe verletzen würde. Dieser Zustand ist aber meisten Theils da vorhanden, wo die Frage entsteht, ob eine negative Servitut besessen werde, und deßhalb ist das Requisit der äußern Erscheinung der Herrschaft schon eben dadurch völlig beschafft. Daraus haben Manche nun gefolgert, der Quasibesitz an solchen Servituten sei überall vorhanden, wo die entgegenstehenden positiven Handlungen nicht vorgenommen würden, und damit haben sie jedem Grundbesitzer den Quasibesitz von unzähligen negativen Servituten an den benachbarten Grundstücken zugesprochen, was dann auch zu einer Ersitzung aller dieser Servituten führen müßte. Allein sie haben

dabei übersehen, daß erst das eine Requisit des Besitzes vorhanden ist, daß aber auch das andere, der auf diese specielle Servitut gerichtete Wille des Besitzers, auf unzweifelhafte Weise dargelegt werden muß. Dies wird nun allerdings durch ein Verbot der Handlungen, welche gegen die Servitut unternommen werden, genügend geschehen können[f2]), außerdem wird aber auch der Abschluß eines auf Errichtung dieser Servitut gerichteten Geschäftes geeignet sein, so daß immer mit diesem, falls zur Zeit schon der beabsichtigte Zustand vorhanden ist, die Tradition alsbald geschehen ist.

Verloren geht der Besitz, sobald von irgend jemanden wider den Willen des Servitutbesitzers Handlungen vorgenommen werden, welche die Servitut verbietet, und also der durch dieselbe garantirte Zustand unterbrochen wird[g2]).

Nachdem wir festgestellt haben, wie sich die factische Herrschaft äußern muß, damit ein Servitutenbesitz angenommen wird, haben wir noch das andere Requisit desselben, den Willen, zu besitzen (animus), näher ins Auge zu fassen. Zunächst dürfen natürlich die einzelnen Ausübungshandlungen, durch welche der Besitz erworben sein soll, nicht etwa unbewußt geschehen sein, sondern sie müssen durch die bestimmte Absicht hervorgerufen sein, daß ein Recht ausgeübt werden soll, und zwar nicht bloß ein Recht, das auf diese einzelne Handlung oder einige dergleichen geht, sondern welches zu einer, vielleicht durch bestimmte Regeln beschränkten, aber doch immer wieder von Neuem möglichen Reproduction solcher Handlungen ermächtigt. Grade weil die einzelne Ausübungshandlung nur den Anfang eines andauernden Zustandes, des Besitzes, bilden soll, so muß sich auch der Wille alsbald über diese eine Handlung erheben und den ganzen Zustand ins Auge fassen, und daß er das gethan hat, muß aus den Umständen erhellen. Darum wird man denn auch mit Recht schon von vorne herein da den Besitz einer Wegeservitut leugnen dürfen, wo jemand nur über ein Feld gegangen ist, weil

---

f2) L. 15 de O. N. N. 39, 1.

g2) Gestattet der Servitutbesitzer precario gegen die Servitut zu handeln und z. B. gegen die serv. altius non tollendi höher zu bauen, so ist der Besitz darum noch nicht verloren. Vgl. l. 17 comm. praed 8, 4.

der regelmäßige öffentliche oder Privatweg zur Zeit unbrauchbar war h²), oder in der stillschweigenden Voraussetzung, daß der Eigenthümer es erlauben werde, so daß er von vorne herein nur die Absicht hatte, so lange zu gehen, bis der Eigenthümer es verbieten werde i²). Ferner wird man keine Servitut üben, wo man eine Erlaubniß benutzt, die nur für einzelne Male ertheilt ist, während da, wo sie bis auf Widerruf ertheilt ist, wohl eine Quasipossessio vorhanden sein kann, nur daß diese dem Erlaubnißgeber und seinen Rechtsnachfolgern gegenüber vitiös ist. Dasselbe wiederholt sich bei einer gewaltsamen oder einer heimlichen Ausübung, wo auch wieder der unrechtmäßige Wille nur auf die einzelne Handlung, oder alsbald auf das ganze Recht, dessen einzelner Ausdruck die vorgenommene Handlung ist, gerichtet sein kann. Daß der Wille alsbald das ganze Recht umfaßt, wird da leicht erkannt werden können, wo schon die erste Ausübungshandlung die dienende Sache in einen lang andauernden Zustand versetzt (indem z. B. ein Balken eingefügt oder ein Höherbau untersagt wird) und sich dadurch also schon die Absicht, eine bleibende Herrschaft zu üben, manifestirt, — ebenso da, wo ein Rechtsgeschäft vorhergegangen ist, welches die Bestellung der fraglichen Servitut zum Gegenstand hat. Schwieriger ist es da, wo die Ausübung nur durch einzelne, schnell vorübergehende und von einander unabhängige Handlungen geschieht, und ein Rechtsgeschäft nicht bekannt ist, aus welchem auf Vorhandensein des auf den Servitutbesitz gerichteten Willens geschlossen werden kann. Die Umstände können dies auch für solche Fälle genügend bekunden, und namentlich wird daraus, daß der angebliche Servitutbesitzer in ein und derselben Weise längere Zeit hindurch und oft wiederholt die Ausübungshandlungen vorgenommen hat, ohne daß grade exceptio-

h²) L. 1 § 6 de itin. 43, 19. Diese Stelle handelt, wie die später citirten, zunächst von dem Willen, welcher für die Ausübungshandlungen zur Begründung der Wegeinterdicte nöthig ist, und also nicht von der Quasipossessio [s. oben S. 655]; aber in dieser Beziehung gelten für beide Verhältnisse dieselben Grundsätze, wie aus dem oben S. 660 Anm. y Ausgeführten hervorgeht. Wir werden also auch die von den Interdicten handelnden Stellen hier benutzen können.

i²) L. 7 de itin.

nelle, vorübergehende Zustände ihn dazu zu veranlassen schienen, gefolgert werden können, daß sich der Wille über die einzelnen Handlungen erhoben hat und ihn schon die Kraft der Gewohnheit unter denselben Verhältnissen immer wieder zur Vornahme derselben Handlungen treiben wird. Doch da, wo erwiesen werden kann, daß der Ausübende selbst gewußt hat, wie er kein Recht auf die Servitut habe, da wird man bei dieser Art von Servituten vermuthen müssen, daß troß der oft wiederholten Ausübung der Wille immer nur auf die einzelnen Handlungen gerichtet gewesen ist. Denn hier ist nicht, wie bei der unrechtmäßigen Besitzergreifung körperlicher Sachen oder wie bei der unrechtmäßigen Herstellung eines aus einer Servitut fließenden, dauernden Zustandes, die Rechtswidrigkeit des Willens nur auf die erste Besitzergreifungshandlung beschränkt, und die späteren Besitzhandlungen stellen sich nicht als die bloßen Consequenzen jener ersten dar, sondern jede einzelne ist wieder eine von der früheren völlig unabhängige freie That und bedarf daher auch einen durchaus neuen und also für unsern Fall jedesmal wieder einen rechtswidrigen Entschluß. Wer also gegen besseres Wissen sich den Besitz einer solchen Servitut anmaßen will, müßte schon im Voraus seinen Willen auf alle die unrechtmäßigen Handlungen richten, die in Zukunft geschehen werden, und eine solche Fülle rechtswidrigen Willens wird man schon vermöge des Satzes: quilibet praesumitur bonus bei jedem bezweifeln können und annehmen müssen, sein Wille sei nur auf die einzelnen Handlungen gerichtet gewesen[k2].

---

k[2]) Busch [Von der Ersitzung der Servituten im Archiv für civ. Pr. Bd. 31 [1848] S. 246 ff] will, daß der animus possidendi von dem, der sich auf den Servitutenbesitz beruft, überall selbständig bewiesen werde, so daß darauf die Beweisauflage gehen könne. Allein dieses rein subjective Moment wird nie durch die äußern Beweismittel festgestellt [auch nicht durch den Eid, wie Busch meint], sondern erst durch Schlußfolgerungen aus äußern Thatsachen ermittelt werden können, und deßhalb muß der Richter dies seinem Urtheile vorbehalten und jedes andere Urtheil darüber zurückweisen. Geeignete äußere Thatsachen dagegen werden allerdings von dem, der sich auf den Besitz beruft, bewiesen werden müssen; aber derartig, daß sie einen absolut sichern Schluß auf den Willen machen lassen, werden sie nie sein, da in Dingen eines fremden Seelenlebens keine absolute Sicherheit möglich ist, und z. B. troß

Damit aber der Wille mit rechtlichem Erfolg auf den Besitz der Servitut gerichtet sein kann, muß die correspondirende Ausübungshandlung derartig sein, daß sie möglicher Weise den Gegenstand einer Servitut bilden kann, und es muß dieser auch im correcten Falle kein rechtliches Hinderniß der Servitut entgegenstehen [12]). Daraus geht schon hervor, daß wer den Besitz einer Realservitut beansprucht, auch ein geeignetes Grundstück nachweisen muß, mit Rücksicht auf welches er zu besitzen vermeint, und ferner ein Verhältniß seiner Seits zu diesem Grundstück, durch welches er zu dem wohl begründeten Glauben veranlaßt wird, die diesem Grundstück zustehenden Servituten beanspruchen zu dürfen. Dies wird nicht nur der Fall sein, wenn er Eigenthümer desselben oder Innehaber eines der im § 11 S. 110 genannten dinglichen Rechte ist, die Anspruch auf die, mit der belasteten Sache verbundenen Servituten giebt, sondern auch schon, wenn er gutgläubiger Besitzer der herrschenden Sache ist, oder wenn er im gutgläubigen Besitz eines der erwähnten Rechte ist.

Hat sich der animus possidendi einmal beim Erwerb des Besitzes manifestirt, so wird dessen Fortdauer auch hier vermuthet, und erst wenn der entschiedene Wille hervortritt, die Servitut nicht mehr zu besitzen, erlöscht er. Darum wird z. B. eine Wasserleitungsservitut noch besessen, so lange in Folge derselben Wasser fließt, wenn auch der Besitzer gar nichts davon weiß [m2]). Der animus contrarius muß sich auch nicht als ein Verzicht allein auf eine oder mehrere Ausübungshandlungen herausstellen, oder bloß für kurze Zeit oder bis auf Widerruf Beseitigung des servitutenmäßigen Zustandes gestatten, sondern auf den ganzen Servitutenbesitz gerichtet

---

erwiesenen Usucapionstitels doch noch mala fides möglich ist. Deßhalb müssen ene äußern Thatsachen nur den Willen wahrscheinlich machen, wie der Usucapionstitel die bona fides wahrscheinlich macht, und es ist dann Sache des Gegenbeweises, Thatsachen darzulegen, die jene Wahrscheinlichkeit wieder aufheben.

[12]) Unentschuldbarer Rechtsirrthum hindert auch hier den Besitz; arg. lg. 1 § 10 de aqua quot. et aest. 43, 20.

[m2]) Arg. leg. 1 § 21 de aq. quot. 43, 20.

sein, wenn er diesen aufheben soll[n²]). Daraus folgt, daß wenn der Servitutbesitzer sich für die einzelne Ausübungshandlung eine Beschränkung durch den Eigenthümer der dienenden Sache gefallen läßt, oder für dieselbe ein Surrogat annimmt, er dadurch noch nicht außer Besitz der Servitut in ihrem ganzen Umfange kommt; wohl aber geschieht es, wenn er den Willen für einen Theil ausdrücklich aufgiebt, oder dies Aufgeben daraus, daß er sich diese Beschränkung oder dies Surrogat fortwährend gefallen läßt, gefolgert werden kann.

Vis, clandestinitas oder precarium machen den Quasibesitz in gleicher Weise, wie den Besitz körperlicher Sachen zu einem vitiösen und haben entsprechende Nachtheile im Gefolge, aber das Verbot dieser Fehler wird sich um der eigenthümlichen Natur des Servitutenbesitzes willen bei diesem doch in einer Beziehung anders, wie beim Sachbesitz gestalten. Denn für körperliche Sachen folgt aus jenem Verbot nur, daß die erste Besitzergreifung nec vi, nec clam, nec precario geschehen sein darf; ist dies vermieden, so wird der einmal erworbene Besitz für die Zukunft nicht mehr den Charakter eines vitiösen annehmen, mag er auch nur mit Gewalt gegen den eigenmächtigen Angriff des eigentlichen Eigenthümers geschützt, oder mögen die einzelnen Nutzungshandlungen später dem Auge der Welt entzogen werden, und auch, wenn durch Bitten der Eigenthümer veranlaßt wird, von seinen Klagen abzustehen, wird der Besitz doch nur dann ein prekärer, wenn sich jener Vorgang als ein Aufgeben des seitherigen Besitzes und als Erwerbung eines neuen abgeleiteten darstellt. Alles dies verhält sich ebenso beim Quasibesitz des Ususfructs, soweit dieser einen Anspruch auf die Detention der körperlichen Sache gewährt, indem auch hier alle Nutzungshandlungen sich nur als Consequenzen der Ergreifung der Detention darstellen und daher, sobald diese fehlerloß geschehen ist, auch fehlerloß bleiben. Bei den Servituten aber, welche durch einzelne von einander unabhängige und selbständige Handlungen ausgeübt werden, ist eine solche Folgerung aus der einen Ausübungshandlung auf die andere durchaus unmöglich und darum, daß eine fehlerfrei war, ist der Schluß,

---

n²) L. 17 comm. praed. 8, 4.

daß auch die spätere es sein wird, noch keineswegs gerechtfertigt; deßhalb werden wir denn auch zugestehen müssen, daß ein einmal fehlerloß begonnener Besitz solcher Servituten noch nachträglich fehlerhaft werden kann[o²]). Das findet nicht nur bei Wegegerechtigkeiten und derartigen Servituten Anwendung, wo die meisten Ausübungshandlungen mit ihren Wirkungen schnell vorübergehen, sondern auch bei solchen, wo dies nicht der Fall ist, wenn nur von Zeit zu Zeit der Inhalt der Servitut ganz von Neuem reproducirt werden muß. So z. B. wird eine servitus tigni immittendi, wenn ein Balken weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise immittirt ist, fehlerloß ausgeübt, so lange jener Balken in seiner Lage bleibt, und selbst dadurch wird die Ausübung noch zu keiner gewaltsamen werden, daß eine kleinere Reparatur, die den Balken in seiner Oeffnung läßt, nur mit Gewalt hat erreicht werden können, da sich diese nur als eine Consequenz jener ersten Immissiou darstellt. Ist aber der alte Balken entfernt, und die Einschiebung des neuen kann nur mit Gewalt durchgesetzt werden, so wird dadurch der seither fehlerfreie Besitz zu einem vitiösen werden.

Bei den Realservituten entsteht noch die Frage, ob sich der Besitzer des herrschenden Grundstücks auf die Ausübung seines Vorgängers im Besitz dieses Grundstücks berufen kann, um für sich den Besitz der Servitut nachzuweisen, — eine Frage, für deren Entscheidung wir in den Quellen keinen Anhaltspunkt finden[p²]). Wir müssen hier die Servituten, welche zur Zeit des Wechsels im Besitz der herrschenden Sache nur durch Vornahme ganz neuer selbständiger Handlungen ausgeübt werden können, sei es, weil sie von Anfang an nur auf solche gerichtet sind, sei es, weil grade jetzt der durch dieselbe bezweckte Zustand unterbrochen ist und die Vorrichtung der

---

o²) Damit hängt es zusammen, daß, wie wir später ausführen werden, die Quellen für die Ersitzung der Servituten einen besondern Nachdruck darauf legen, daß nec vi, nec clam, nec precario geübt sein dürfe.

p²) Dort wird wohl bestimmt, daß die Ausübung durch den Vorgänger die Servitut gegen den Untergang durch Nichtgebrauch schützt, und ebenso, daß darauf die Wege- und Wasserinterdicte gestützt werden können, — aber aus diesen singulären Instituten wird für den Besitz eine sichere Entscheidung nicht gezogen werden können.

Herstellung bedarf, von denen scheiden, die durch eine Vorrichtung einen dauernden Zustand zu Gunsten des Servitutberechtigten geschaffen haben. Für die erstere dieser beiden Klassen bietet sich eine Analogie nur in dem Erben, der ebenso mit Rechtsnothwendigkeit in alle Rechte des Erblassers succedirt, wie der Erwerber des Grundstücks in alle mit denselben verbundenen Realservituten; wie aber der Erstere nicht in den Besitz seines Erblassers succedirt, sondern von ihm selbst gefordert wird, daß er corpore et animo Besitz ergreife, der dann allerdings in mancher Beziehung als eine unmittelbare Fortsetzung des früheren gilt, so wird man deßhalb auch hier verlangen müssen, daß der neue Erwerber des Grundstücks auch selbst erst den Besitz von Neuem erwerben müsse, ehe er sich darauf wird berufen können. Da jedoch hier eine wirkliche Succession in den Besitz stattfindet, und deßhalb die Gründe wegfallen, durch welche wir oben die Regel glaubten rechtfertigen zu können, vermöge deren nur durch wirkliche Ausübung der Servitutbefugniß der Besitz daran erworben wird, so wird man hier vielleicht weniger strenge sein und schon die Succession in den Servitutenbesitz, wie in den körperlicher Sachen, annehmen können, wenn nur der Erwerber des Grundstücks in einer Lage ist, wo er die Servitut ungestört ausüben kann, und er seinen Willen, diese Servitut zu besitzen, in unzweideutiger Weise zu erkennen gegeben hat.

An den Servituten, deren Ausübung einen andauernden Zustand geschaffen haben, und die durch das Vorhandensein dieses Zustands genügend charakterisirt werden[q2]), wird der, welcher den Besitz der herrschenden Sache erwirbt, unmittelbar damit auch die Quasipossessio erworben haben, indem durch das Vorhandensein jener Vorrichtung schon seine factische Herrschaft genügend documentirt ist, da sie ihm zu Gebote steht, wie sie seinem Vorgänger zu Gebote stand. Der Aeußerung eines besondern animus possidendi für den Servitutenbesitz bedarf es hier auch nicht, sondern es wird angesehen werden müssen, als sei dieser in dem Willen, die körperliche Sache zu besitzen, schon enthalten, da der Servitutenbesitz, so lange der jetzige factische Zustand der dienenden Sache andauert, eine nothwendige

q²) Vgl. oben S. 677.

Consequenz des Besitzes der herrschenden Sache ist und also, wer den letztern ergriff und doch jenen Zustand nicht irgendwie aufhob, damit sich auch dem Servitutenbesitz unterziehen zu wollen erklärt. Ohnehin wird häufig, z. B. bei einer serv. tigni immittendi, in Folge deren der Balken bereits vom früheren Besitzer immittirt ist, so lange diese Immmission fortdauert, die Vornahme irgend einer neuen Ausübungshandlung durchaus unmöglich sein und dem Nachfolger im Besitz daher auch jede Gelegenheit genommen sein, seine factische Herrschaft über die Servitut und seinen Willen, sie zu besitzen, anders, als durch Belassung des seitherigen Zustands, zu bethätigen.

Durch Stellvertreter wird der Servitutbesitz überall geübt werden können, wo dem Charakter der Servitut gemäß, die einzelne Ausübungshandlung durch Andere, als den Berechtigten in eigener Person vorgenommen werden kann, und müssen dann bei Realservituten diese Stellvertreter immer in dem factischen Verhältniß zu der herrschenden Sache sein um den Ertrag der Ausübung auf dieselbe verwenden zu können. Daß daneben ein rechtliches Band zwischen dem Stellvertreter und dem, für welchen er besitzt, bestehen muß, gilt hier, wie bei dem Besitz körperlicher Sachen.

Erstes Kapitel.
Abgeleiteter Erwerb der Servituten.

§. 63.
Qualification des Auctors und des Erwerbers.

Die Belastung einer Sache mit Servituten stellt sich als eine Verringerung derselben und als eine Veräußerung einzelner ihrer Attribute dar, und deßhalb ist nur derjenige dazu ermächtigt, welcher die vollständige, rechtsbegründete Herrschaft über diese Sache hat, also zunächst der Eigenthümer, falls dessen Dispositionsbefugniß und insbesondere dessen Veräußerungsbefugniß nicht aus irgend einem Grunde gehemmt ist[a]). In allen den Fällen, wo das Eigenthum nur ein bedingtes ist, so daß es von dem Eintritt oder Nichteintritt eines Umstandes abhängt, ob das jetzige Eigenthum rückwärts bis zu dem Moment aufgelößt wird, wo es angefangen hat ein bedingtes zu sein [resolvitur ex tunc], oder ob es als ein unbedingtes fortdauert, da wird jede von einem solchen Eigenthümer bestellte Servitut ebenfalls eine bedingte sein, und im Falle der Auflösung des Eigenthums durch Eintritt der Bedingung erlöschen deßhalb auch alle von demselben abgeleiteten Servituten mit allen ihren Consequenzen[b]). Auch derjenige, welcher nur eine ideelle Quote des

---

a) Es können regelmäßig keine Servituten bestellt werden an den Sachen eines Unmündigen, l. 3 § 5 de rebus eorum qui sub tutela 27, 9; ebenso an den res litigiosae, l. 4 § 4 de alien iud. mut. 4, 7. Vgl. Vat. fragm. § 45.

b) L. 16 quib. mod. usufr. 7, 4; l. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6; l. 105 de cond. et demonstr. 35, 1; vgl. § 19 S. 178.

Eigenthums einer Sache hat, kann sie, wie ihm jede selbständige Verfügung über den Körper derselben fehlt, für sich allein auch nicht mit Servituten belasten[c]), und nur in Betreff der veräußerlichen und darum theilbaren Servituten ist, wie wir in § 55 S. 542 ausführten, in so fern eine Ausnahme gemacht, als man es als möglich anerkannt hat, daß sie allein die einzelne Quote des Eigenthums beschränken können. Man könnte sich freilich versucht fühlen, den einzelnen Miteigenthümern auch die Bestellung von negativen Servituten zu gestatten, indem man davon ausginge, bei einer Communion habe jeder Interessent die Befugniß, alle positive Einwirkung Anderer auf die gemeinsame Sache durch seinen Widerspruch zu verhindern[d]), und daraus folgerte, dieses Recht müsse auch jeder durch Bestellung negativer Servituten auf Dritte übertragen können. Wie aber doch der Inhalt negativer Servituten ein ganz anderer ist, als der eines einzelnen Miteigenthums, und wie daher jene Folgerung unhaltbar ist, zeigt sich schon dann, wenn man den rechtlichen Erfolg solcher Handlungen, welche gegen eine negative Servitut, und solcher, welche ohne Erlaubniß der Miteigenthümer vorgenommen sind, ins Auge faßt. Der Servitutberechtigte kann neben voller Entschädigung auch unbedingte Herstellung des Zustandes fordern, welcher vor der Verletzung der Servitut statt fand, also z. B. Niederreißung des gegen eine serv. altius non tollendi höher Gebauten, während der Miteigenthümer, gegen dessen Verbot die gemeinschaftliche Sache verändert ist, zwar immer Entschädigung fordern kann, falls er wirklich unrechtmäßig Schaden dadurch erlitt, dagegen Aufhebung der Aenderung nur, wenn dies im Interesse der Gesammtheit der Miteigenthümer liegt[e]). Könnte er daher

c) L. 2 und l. 11 de serv. 8, 1; l. 34 pr. de S. P. R. 8, 3; l. 6 § 1 comm. praed. 8, 4.

d) L. 11 si serv. vind. 8, 5.

e) L. 26 de S. P. U. 8, 2. Die Beseitigung der Aenderung kann nur durch positive Handlungen auf oder mit der gemeinsamen Sache geschehen; und dazu ist wieder keiner der Interessenten allein und auch der dadurch Verletzte nicht berechtigt, sondern sein Recht muß durch das der andern ergänzt werden. Von dem, der früher eigenmächtig änderte, soll aber diese Zustimmung erzwungen werden können, falls die Herstellung des alten Zustandes im Interesse der Gesammtheit liegt.

negative Servituten bestellen, so würde er noch immer Andern mehr Rechte übertragen, als er selbst hat, und auch hier durch Entziehung einer Eigenschaft positive Veränderungen mit der ganzen Sache vornehmen, wie sie dem einzelnen Miteigenthümer nicht zustehen. — Dazu ist überall nur die Gesammtheit der Interessenten berechtigt, und strenge genommen müßte man daher verlangen, daß sie gemeinsam den Errichtungsact vollführten, wenn eine gültige Servitut an der gemeinsamen Sache entstehen soll [f]; allein eine mildere Meinung hat hier obgesiegt [receptum est, sagt Paulus in l. 18 comm. praed. 8, 4] und gestattet, daß, falls eine Servitut durch Geschäfte unter Lebenden errichtet werden soll, jeder Einzelne durch einen besondern Akt die Errichtung für seinen Theil vornehmen kann, so daß die Servitut mit dem Moment als völlig constituirt gilt, wo auch der letzte der Interessenten diesen Akt vornimmt, vorausgesetzt, daß die Lage der Dinge dann noch eine solche ist, daß die früher vorgenommenen Errichtungsacte der andern Interessenten, wenn sie in gleicher Weise in diesen Moment vorgenommen würden, zur Constituirung der Servitut genügten [g]. Hat daher einer der Miteigenthümer seitdem seinen Antheil veräußert, ohne daß der neue Erwerber den Akt wiederholt hat, ja ist nur Einer derselben seitdem gestorben, ohne daß der Erbe diese Erneuerung vorgenommen hat, wozu er mitunter in Folge des Rechtsgeschäftes, welches den Errichtungsakt des Erblassers veranlaßte, obligatorisch verpflichtet sein kann, so ist den Anforderungen nicht genügt, und eine Servitut ist nicht errichtet [h]. Dagegen gewähren die einzelnen partiellen Errichtungsakte dem künftigen Servitutberechtigten schon dadurch einen Vortheil, daß jeder Interessent, der sie vorgenommen hat, in so fern daran gebunden ist, als er seiner Seits die Ausübung des cedirten Rechts nicht mehr hindern darf [i], indem das in dem Cessionsacte enthaltene

f) In l. 11 de S. P. R. 8, 3 sagt Celsus von solchem Falle: subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant.

g) Ulpian begründet dies in l. 10 § 1 de aqua pluv. arc. 39, 3 damit: quia et posteriorem voluntatem Praetor tueri debet.

h) L. 18 comm. pr. 8, 4.

i) L. 11 de S. P. R. 8, 3.

pactum dem Cessionar eine Exception gegen die negatorische Klage des Cedenten schaffen muß. Das wird aber dem Singularsuccessor desselben gegenüber nicht wirksam sein und dieser daher die Ausübung des cedirten Rechts hindern können.

Soll durch letztwillige Verfügung eine Servitut an einer gemeinsamen Sache errichtet werden, so wird verlangt, daß nicht nur alle Interessenten sie anordnen müssen, sondern daß auch die Erbschaft derselben gleichzeitig angetreten werde, „nec enim“, wie Paulus sagt, „sicut viventium ita et defunctorum actus suspendi receptum est“[k]); ein Satz, der auch mit den sonstigen Grundsätzen des Legatenrechts in Einklang steht. Wenn nur Ein Interessent die Servitut im Testament bestellt hat, die Andern aber ebendieselbe noch vor Antritt der Erbschaft durch Geschäfte unter Lebenden errichten und in dem Moment der Erbschaftsantretung noch in der Lage sind, um die Servitut für ihren Theil constituiren zu können, so wird man auch hier, wenn dies auch in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden wird, eine gültige Errichtung annehmen müssen, da ja die Fortdauer des Willens der Lebenden präsumirt, der des Verstorbenen aber im Moment der Erbschaftsantretung wirksam ist, und also dann der Wille aller Interessenten zusammentrifft.

Wir haben seither nur den Eigenthümer als zur Servitutbestellung berechtigt aufgeführt. Daneben haben aber unsern frühern Besprechungen gemäß [vgl. § 34 S. 298 ff.] auch der Emphyteuta und Superficiar ein dingliches und veräußerliches Recht, vermöge dessen sie über den Körper der Sache verfügen können, und deßhalb wird ihnen auch die Befugniß zugestanden, Servituten, wenn auch nur prätorische und „non iure constitutae“ [vgl. § 29 S. 263], an der emphyteutischen oder superficiarischen Sache zu errichten[l]). Wie ihre Herrschaft aber eine beschränkte ist, so dürfen sie auch

---

k) L. 18 comm. praed. 8, 4.

l) L 1 pr. quibus mod. ususfr. 7, 4; l. 1 § 9 de superf. 43, 18. Nach unsern Ausführungen im § 28 S. 256 ff. wird diesen noch der Usufructuar zuzuzählen sein, da sich eine Bestellung von Personalservituten an der usufructuarischen Sache nur als eine beschränkte Veräußerung eines Theils seines Ususfructs darstellt.

niemals durch Servitutbestellung Andern solche Befugnisse verleihen, wie sie ihnen selbst nicht zustehen, und ferner vermögen die von ihnen errichteten Servituten nicht über die Zeit hin zu wirken, auf welche ihr eigenes Recht von vorne herein beschränkt ist, und sobald dasselbe daher aus einem auf seiner Natur mit Nothwendigkeit beruhenden Grunde erlöscht, müssen auch alle von demselben abgeleitete Servituten, ebenso wie etwa daran haftende Pfandrechte gänzlich erlöschen. Freiwilliger Verzicht des Emphyteuten oder Superficiars und dadurch herbeigeführte Consolidation vermögen aber allein die abgeleitete Servitut noch nicht aufzuheben, sondern diese dauert fort, bis ein Zustand eintritt, wo die Emphyteusis oder Superficies nothwendig hätte erlöschen müssen.

Der bonae fidei possessor kann keine eigentlichen Servituten bestellen [höchstens ist ein Usufruct an der bonae fidei possessio als solcher denkbar, da diese zu den bona gehört (l. 49 de V. S.) und an Allem, was in bonis ist, ein Usufruct in Folge des bekannten Senatusconsults bestellt werden soll]; seit Ausdehnung der Publicianischen Klage werden aber auch die von ihm abgeleiteten Servituten geschützt, bis sie vom Eigenthümer selbst angegriffen werden. Seitdem wird auch der bonitarische Eigenthümer Servituten, und zwar mit gleicher Kraft wie die vom quiritanischen Eigenthümer bestellten, haben constituiren können. Ob schon früher ein Mittel gefunden wär, welches ihm diese Befugniß gab, können wir nicht mehr mit Sicherheit erkennen.

Zum Erwerb von Personalservituten ist jeder ermächtigt, welcher überhaupt rechts- und erwerbsfähig ist, und wie weit der Erwerb durch Stellvertreter geschehen kann, ist ebenfalls durchaus nach den allgemeinen Regeln über Stellvertretung zu bestimmen[m]). Um aber eine Realservitut zu erwerben, genügt es nicht, im Allgemeinen rechtsfähig zu sein, sondern, da dieselbe immer von

m) Vgl. z. B. Vat. fragm. de usufr. § 51, § 55, § 57; l. 6 § 2 de usufr. 7, 1.

einem geeigneten Grundstück getragen und mit ihm untrennbar verbunden sein muß, so vermag nur derjenige eine Realservitut zu erwerben, welcher in einem solchen Verhältniß zu einem derartigen Grundstück steht, daß er diese Verbindung zwischen letzterem und der Servitut vorzunehmen vermag. Die Errichtung einer Realservitut zu Gunsten eines Grundstücks schafft diesem immer eine ihm seither fehlende Eigenschaft und verbessert dasselbe also; aber deßhalb ist sie doch auch zugleich eine Veränderung desselben, und dazu ist nur berechtigt, wer die vollständige, rechtsbegründete Herrschaft über das Grundstück hat, und also zunächst der Eigenthümer desselben[n]), der aber, sobald er nur überhaupt handlungsfähig ist, weil die Sache nur besser, nicht schlechter durch den Erwerb von Servituten werden kann, hierin ganz unbeschränkt ist[o]). Aus diesem Grunde hat man wohl die strenge Consequenz für den Fall aus dem Auge gesetzt, in welchem das Eigenthum des Erwerbers nur ein bedingtes war und nun nach Eintritt der Bedingung rückwärts aufgelößt worden ist, indem der Satz angenommen ward, daß dann die von ihm erworbenen Servituten nicht ebenso, wie die von ihm errichteten hinfällig werden sollen, sondern daß sie als unwiderruflich constituirte Rechte an der Sache haften bleiben und deren Schicksal theilen[p]). Dem, welchen der Eintritt der Bedingung zum Eigenthum berief, konnte daraus kein Nachtheil werden, und da die Constituenten hier, wie bei jeder Realservitutserrichtung, etwas Immerwährendes schaffen wollten, so ließ man ihrem Willen freien Lauf, wenn man auch dadurch die ratio iuris verletzte.

Strenger hielt man sie dagegen ein, falls die Sache, welcher die Servitut erworben werden soll, im Miteigenthum Mehrerer stand. Es wird wiederholt und bestimmt ausgesprochen, daß der einzelne Miteigenthümer der gemeinsamen Sache keine Realservitut

---

n) § 2 J. de serv. II, 3; l. 5 comm. praed. 8, 4; l. 6 § 5 de act. emt. vend. 19, 1.

o) Z. B. auch, wenn ein Usufruct an der Sache haftet; vgl. l. 15 § 7 de usufr. 7, 1.

p) L. 11 § 1 quemadm. serv. amitt. 8, 6.

erwerben kann q), sondern alle Miteigenthümer gemeinsam handeln müssen, oder wenigstens in der Weise successiv, daß, wenn der letzte von ihnen das Errichtungsgeschäft abschließt, die übrigen Interessenten durchaus noch in derselben Lage der gemeinsamen Sache gegenüber sind, als wie sie ihrerseits das Geschäft abschlossen r).

Daß der Usufructuar keine Realservitut für die usufructuarische Sache erwerben kann, wird ausdrücklich anerkannt s) und gewiß mit Recht, da er, wenn er auch die Sache factisch in seiner Gewalt hat, doch nur in so weit eine rechtsbegründete Herrschaft über sie auszuüben vermag, als er die ihm zustehende Nutzungsbefugniß ausübt. In Allem, was nicht hierzu erforderlich ist, ist die Sache für ihn eine fremde, und er ist daher eben so wenig berechtigt, ihr für alle Zeiten Realservituten zu verbinden, wie irgend ein Dritter. Daß er sich den Inhalt einer Realservitut für die Dauer seines Usufructs als Personalservitut bestellen kann, und damit sein eigenes Interesse genügend zu wahren vermag, ergiebt sich genügend aus dem früher Ausgeführten [vgl. § 23 S. 198]. Ganz anders verhält es sich mit dem Emphyteuten, wenn gleich wir darüber keine ausdrückliche Entscheidung haben. Da aber Alles darauf deutet, daß er für die Dauer seines Rechts eine vollständige und ausschließliche Herrschaft über den ganzen Körper der Sache hat [vgl. § 33 S. 298 ff.], so wird er auch ebenso, wie er die der emphyteutischen Sache bereits zustehenden Servituten für die Sache und also in einer später auch für den Eigenthümer wirksamen Weise geltend machen, oder wie er durch Ausübung von Wegegerechtigkeiten jedem künftigen Innehaber der Sache den Interdictenschutz für eine gleiche Ausübung sichern kann, für alle Zeiten gültige Realservituten zu Gunsten der emphyteutischen Sache zu erwerben vermögen, und was damit im Zusammenhang steht, der sogenannte Eigenthümer der Sache wird während der Dauer der Emphyteusis diese Befugniß nicht mehr haben.

Ob der bonae fidei possessor Servituten für die nur besessene

q) L. 11 de serv. 8, 1; l. 5 comm. praed. 8, 4; l. 4 § 3 si serv vind. 8, 5; l. 3 de serv. leg. 33, 3; L. 140 § 2 de V. O. 45, 1.

r) L. 18 comm. praed. 8, 4.

s) L. 15 § 7 de usufr. 7, 1.

Sache erwerben kann, wird wieder nirgends entschieden, und auch in unserer Litteratur finde ich die Frage kaum angeregt. Nachfolgender Gesichtspunkt scheint einigen Anhalt für die Entscheidung dieser zweifelhaften Frage zu geben. Daß der bonae fidei possessor die Servituten, welche der Sache bereits zustehen, klageweise geltend machen kann, wird allgemein angenommen[t]), und gewiß mit Recht, da, wenn ihm die Mittel gewährt sind, um sich die ganze Sache zu erhalten, er auch in der Benutzung der einzelnen Attribute derselben geschützt gewesen sein wird. Allein wie er alle die Klagen, die er, als ob er Eigenthümer sei, zum Schutz der besessenen Sache anstellen kann, nicht in ihrem ganzen Betrage hat, so daß sie dadurch auch für den Eigenthümer consumirt werden, sondern nur nach Maßgabe seines Interesses[u]), so wird auch ein Sieg, den er auf Grund seiner Servitutenklage ersicht, die Realservitut dem von ihm besessenen Grundstück nicht für alle Zeiten sicher stellen, sondern nur, so lange er oder seine Universal- oder Singularsuccessoren dieselbe inne haben, sei es, daß sie daran nur noch die bonae fidei possessio haben, oder daß diese zur Erwerbung des Eigenthums geführt hat. Der damalige Eigenthümer wird sich daher nicht auf das dem Besitzer gegenüber ergangene Urtheil berufen können, wie er dagegen auch nicht bei unglücklichem Ausfall desselben seine confessorische Klage verliert. Was nun vom wahren Processe gilt, wird auch bei einem fingirten gegolten haben, und demgemäß möchte ich annehmen, daß jedem bonae fidei possessor Realservituten zu Gunsten der von ihm besessenen Sache in iure cedirt werden konnten, daß aber der Eigenthümer, und wer von ihm sein Recht ableitete, dieselben nicht geltend zu machen vermochte. Da uns nichts anders berichtet wird, werden wir diese Grundsätze auch hinsichtlich der andern Errichtungsarten anwenden müssen und dem bonae fidei possessor immer nur in beschränkter Weise die Befugniß zum Erwerbe von Realservituten zugestehen können.

Für alle zum Erwerb von Realservituten qualificirten Personen können Stellvertreter in Gemäßheit der gewöhnlichen Regeln erwerben,

---

t) Vergl. Jehring a. a. O. S. 107 und die Note 4 daselbst Angeführten.
u) Vergl. die angeführte Abhandlung von Ihering.

und namentlich sind auch Sklaven dazu befähigt, wenn ihr Gewalthaber ein geeignetes Grundstück inne hat. Nur auf Grund einer letztwilligen Verfügung konnten sie dem Herrn keine Realservitut erwerben. Es galt nämlich der Grundsatz, daß sie nur mit dem honorirt werden sollten, was für sie selbst, wenn sie bis zum Erbschaftsantritt freigelassen wurden, auch Werth haben könne; auf diese Möglichkeit mußte doch immer der Sinn des Testators gerichtet sein, wenn er sie, nicht ihren Herrn, als den Honorirten nannte, und deßhalb war ein solches Legat immer von der Bedingung abhängig, wenn sie das und das Grundstück zur Zeit der Erbschaftsantretung zu Eigen haben würden. Diese Bedingung deficirte aber, wenn sie noch Sklaven waren, und folglich erwarben sie auch dem Herrn das Legat nicht[v]).

§. 64.

Entstehung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden[a]).

Die Mancipation, an die sich bald die in iure cessio anschloß, war das älteste Geschäft unter Lebenden, welches Servituten zu

---

v) Vat. fragm. § 56; l. 5 de serv. leg. 33, 3.

a) Ob eine Servitut durch bloßen Vertrag entsteht, oder ob Tradition hinzutreten müsse, ist, seitdem auf Anregung Savignys durch Schmidtlein [de servitutibus per pactum constituendis Göttingen 1823] und Michelsen [civ. Archiv Bd. IX Nr. 9, 1825] die alte, seit den Glossatoren fast ohne Ausnahme anerkannte Theorie angegriffen wurde, Gegenstand einer lebhaften und viel behandelten Controverse geworden. Die herrschende Meinung geht jetzt dahin, daß der bloße Vertrag zur Servitulerrichtung genügt, und von den jetzt lebenden bedeutenderen Rechtslehrern haben nur Franke [civilistische Abhandlungen Nr. 3. 1826] und von Vangerow [Leitfaden Bd. I § 350 6te Aufl.] die alte Lehre öffentlich vertheidigt. Ein bis auf die Gegenwart fortgeführtes Register über die Anhänger jeder Partei giebt von Vangerow a. a. O. Da man nun wiederholt die Lehre von der Errichtung durch Rechtsgeschäfte in Controversform dargestellt und dabei die einzelnen angeführten Gründe und Gegengründe geprüft hat [namentlich ist Hoffmann, die Lehre von den Servituten Bd. II, S. 64 hier sehr eingehend], so habe ich geglaubt, die Polemik im Ganzen mehr zurücktreten lassen zu dürfen und lediglich im Anschluß an das in unsern Quellen für die Entscheidung der einschlagenden Fragen

schaffen vermochte, und beide waren lange Zeit auch die einzigen, und noch in der Periode der klassischen Jurisprudenz erzeugten nur sie solche Servituten, für welche alle civilrechtlichen Attribute in Anspruch genommen werden konnten[b]). Diese Akte wurden zur Servituterrichtung nicht nur in der Weise benutzt, daß bei der Mancipation oder in iure cessio der körperlichen Sache Servituten an derselben zu Gunsten des Veräußerers bestellt wurden, so daß dieser einzelne Eigenthumsbefugnisse retinirte und von der Uebertragung der übrigen Elemente der Sache ausnahm[c]), sondern es konnte die Servituterrichtung auch der einzige Gegenstand des Geschäfts sein, und dies wird wohl die ursprüngliche und immer die häufigere Anwendungsweise gewesen sein. Der exklusive Charakter dieser streng civilen Geschäfte bewährte sich nun aber auch hier darin, daß abgesehen davon, daß die Mancipation zur selbständigen Bestellung nur bei Wege- und Wasserleitungsservituten, den einzigen res mancipi [vgl. § 1 S. 12 ff.], benutzt werden konnte, beide Geschäfte stets voraussetzten, daß Besteller und Erwerber römische Bürger waren, da nur diese sagen konnten: ius mihi est eundi agendi u. s. w., daß sie ferner in Person und nicht durch Stellvertreter handelten, und daß endlich das Object ein solches sei, woran nach Civilrecht iura zu Gunsten von Privaten bestehen konnten. Darum genügten diese Formen nicht, um am Provinzialboden Servituten zu schaffen[d]). Diese Beschränkungen mußten das Bedürfniß nach neuen Errichtungsformen hervorrufen, sobald das römische Recht einem freiern Verkehr, wie ihn die großartigen Verhältnisse des spätern Roms forderten, Rechnung zu tragen begann, und die Provinzen Schauplatz des römischen Lebens und demgemäß auch des römischen Rechtes wurden. Hier trat das Bedürfniß nach servitutartigen Rechten so gebieterisch auf, daß die Rechtsbildung in einer ganz eigenthümlich selbständigen Weise grade auf ihr Ziel loß ging und auf durchaus rationellem Wege sich eine ganz neue,

---

gebotene Material und auf antiquarische Specialfragen nur so weit eingehend, als es das Verständniß dieses Materials nöthig macht, diese schwierige Lehre erörtern zu können.

b) Gaius II § 29 und § 30; Ulp. XIX, 11.

c) Gaius II § 33. Fragm. Vatic. § 47 — § 50.

d) Gaius II § 7 und § 31.

nur für Provinzialboden anwendbare Errichtungsform schuf, von der uns nur Gaius in seinen Institutionen berichtet. Die Provinzialedicte der Magistrate, die jedoch, wie man bei ihrer Uebereinstimmung vermuthen kann, in Folge höherer Autorisation handelten, scheinen dies Institut geschaffen zu haben, und nur aus der großen Machtvollkommenheit, die in den Provinzen die Beamten inne hatten, und die sie dort so oft viel selbständiger und willkürlicher schalten ließ, erklärt sich, wie eine solche Errichtungsart entstand, die sich nicht an irgend eine andere anerkannte Form anlehnte und darin einen ersten Anknüpfungspunkt fand. Man ging davon aus, daß an italischen Grundstücken seither Servituten errichtet waren, ohne daß es zu dem solennen Bestellungsacte Ausübung der zu bestellenden Befugniß oder auch nur Anwesenheit auf dem zu belastenden Grundstück erforderlich gewesen wäre, und daher war der eigentliche Kern jener solennen Errichtungsgeschäfte, wenn man von der Einkleidung in einen feierlichen Proceß oder in einen in Gegenwart des Volks vorgenommenen Beuteerwerb absieht, die Aeußerung des Consenses zwischen Auctor und Erwerber. Diese Einkleidung war, wo es sich um Provinzialgrundstücke handelte, aus Gründen des öffentlichen Rechtes nicht möglich, und man sah sich daher veranlaßt, hier nur das Wesentliche der seitherigen Entstehungsarten zu fordern und überall, wo sich der Consens des Auctors und des Erwerbers unzweifelhaft ausgesprochen hatte, auf Vollendung der Servitutbestellung zu schließen. Es genügten daher in den Provinzen schon bloße pactiones, die im Uebrigen nicht einmal klagbare Obligationen erzeugen konnten, zur Constituirung einer in jeder Hinsicht vollgültigen und geschützten Servitut[e]).

---

e) Gaius II § 31. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive ius eundi agendi etc. . . . . ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt. Manche, wie z. B. Franke in seinen civil. Abhand. S. 146 und von Vangerow, Leitfaden Bd. I S. 860 nehmen an, Gaius wolle nur sagen, den Effekt, den Servituten haben, erreiche man bei Provincialgrundstücken durch den Abschluß von pactiones und stipulationes, indem man sich unter einer Conventionalstrafe die ungestörte Ausübung einer Befugniß auf fremden Grund

Mit dieser Concession hat nun freilich die alte römische Jurisprudenz in den Augen mancher unserer Rechtslehrer eine große Sünde

---

und Boden versprechen lasse. Wie wenig aber eine Obligation dieses Inhalts bei der Veränßerlichkeit eines jeden der beiden Grundstücke den Effect der Servituten herbeiführt, geht schon aus früher Dargestelltem hervor. Sodann aber deutet doch der Ausdruck „si quis velit usumfructum constituere" zu bestimmt auf die Bestellung des dinglichen Rechts hin, als daß man einen andern Sinn hineinlegen dürfte. Diejenigen, welche dies dennoch thun, berufen sich freilich für ihre Ansicht auf eine Stelle des Corpus Juris, die ebenfalls von Gaius stammt, und worin derselbe Ausdruck auch zur Bezeichnung einer bloßen persönlichen Forderung gebraucht sein soll. Die l. 3 de usufr. 7, 1 lautet nämlich:

> Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti-frui. Et sine testamento autem, si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Daß Gaius nicht also geschrieben haben kann, ohne mit seinen Institutionen in den unbedingtesten Widerspruch zu treten, leuchtet sofort ein, und es wird daher allgemein angenommen, daß er das, was er nach der obigen Fassung von jedem Ususfruct an Grundstücken sagt, ursprünglich nur für den Ususfruct an Provinzialgrundstücken gesagt und statt „omnium" zunächst „provincialium" geschrieben hat. Nun sagt man aber von der Gegenseite, Gaius stelle die pactiones und stipulationes dem Damnationslegat gleich, und von beiden brauche er den Ausdruck constituere usumfructum. Wie aber dann seiner eigenen Ausführung nach durch ein Damnationslegat nur eine Obligation entstehe, so müsse das auch bei den pactiones und stipulationes der Fall sein, und daher auch der Ausspruch in den Institutionen eine gleiche Bedeutung haben. Allein bei dieser Auffassung der Stelle kommt unsers Erachtens ein unentwirrbarer Zwiespalt in dieselbe. Denn Gaius ließe dann zuerst durch Testament die Verpflichtung zur Servitutbestellung entstehen, und gestände zu, daß diese Verpflichtung durch Tradition der Servitut erfüllt werden und also auch an Provinzialboden wirkliche Servituten errichtet werden könnten, — dann aber würde er plötzlich sagen: durch Geschäfte unter Lebenden können keine Servituten entstehen, sondern der Eigenthümer kann sich nur durch pactiones und stipulationes persönlich verpflichten. Warum erwähnt er nicht auch im letztern Falle die Tradition, — und doch wieder, wie konnte er hier eine Tradition mit derselben Funktion, wie sie ihr in der Eigenthumslehre ertheilt ward, gestatten, nachdem er sie in seinen Institutionen so bestimmt als un-

begangen, und sie glauben deßhalb das bestimmte, wiederholte Zeugniß des Gaius mit Gewalt anders deuten zu müssen. Es sei unrömisch, sagen sie, daß ein Vertrag andere Wirkungen hervorbringe, als eine Obligation, und „obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum“ [f]). Das Wesen jedes Vertrags bestehe in einem Versprechen und die Klage, die aus einem solchen Vertrage hervorgehe, könne daher schlechterdings auch nur darauf gerichtet sein, daß der andere Paciscent oder sein Universalsuccessor dieses Versprechen erfülle [g]).

---

möglich für res incorporales erklärt hatte? Unsers Erachtens ist der Sinn der Stelle folgender: Inhalt eines Legats könne allerdings eine Servitut an Provinzialboden sein, aber unmittelbar entstehe sie dadurch nicht, da das Vindicationslegat nur anwendbar sei, wo ein civiles Recht verliehen werden sollte, das Damnationslegat aber nur eine Obligation erzeuge. Aber durch letzteres werde der Onerirte zur Servitutbestellung verpflichtet, also zum Abschluß eines Vertrags, und dieser sei abgeschlossen, si induxerit in fundum, eumve patiatur uti frui. Es ist also nicht deßhalb eine Servitut errichtet, weil dieser Act als Tradition aufgefaßt werden kann, sondern deßhalb, weil er einen Vertrag enthält, und eben dieser dient auch im zweiten Theil der Stelle dazu, um Servituten zu errichten. Daß Gaius aber dort noch mehr, als den Vertrag, nämlich förmliche Gestattung der Ausübung fordert, zeigt, wie wir schon früher ausführten (§ 62 S. 666 Anm. pp), daß damals die wirkliche Ausübung, wenn sie auch vielleicht noch nicht Quasibesitz verschaffte, doch schon mit manchen Vortheilen ausgestattet war, wie z. B. mit den Interdicten gegen unrechtmäßige Störungen. Da nun Gaius den Legatar möglichst vortheilhaft stellen und ein Resultat bewirken wollte, welches der unmittelbaren Servituterrichtung möglichst gleich kam, so rieth er, dem Onerirten durch Anwendung eines „dare“ auch die Verpflichtung zu solchem inducere u. s. w. aufzulegen. Um dieses Bestrebens willen mochte er auch Anfangs sagen: „iure legati potest constitui ususfructus“, wobei ihm jedoch immer eine Ungenauigkeit in der Wortfassung zur Last fällt, da nur eine Obligation erzeugt wurde. Aber dieser Vorwurf ist unendlich viel geringer, als der, welcher ihn nach der Ansicht der Gegner trifft, und deßhalb wird diese Stelle die Behauptung, daß durch Vertrag an Provinzialboden Servituten bestellt wurden, nicht widerlegen, sondern im Gegentheil wesentlich unterstützen.

f) L. 3 pr. de O. et A. 44, 7.

g) So z. B. von Vangerow, Bd. I, § 350 Anm. I S. 857.

Allein wenn sich das auch in allen andern Fällen, wo Verträge abgeschlossen würden, also verhielte, so läge darin noch keinesfalls die Nothwendigkeit, daß nun auch grade hier der Vertrag nur ein Versprechen enthalte, vielmehr kann die Thätigkeit des Bestellers eben so gut als eine unmittelbare Disposition des Eigenthümers über seine Sache aufgefaßt werden. Die Errichtung einer Servitut stellt sich immer als eine Ausscheidung dar, die der Eigenthümer vornimmt, mag man nun mit mir die ausgeschiedene Sache als eine Eigenschaft der körperlichen Sache, oder mit Andern als einen Eigenthumsbestandtheil auffassen; immer aber ist die übertragene Sache eine nur fingirte Sache, eine res incorporalis, die sich nicht greifen und hin und hergeben läßt, und deßhalb ist es auch das Natürliche und Zunächstliegende, daß diese Ausscheidung lediglich durch eine bloße Willensäußerung des Ausscheidenden vor sich geht; und daß er gleichzeitig irgend eine äußere Handlung vornimmt, die doch die rein in der Fiction bestehende Sache nicht berühren und ergreifen kann, ist eine Forderung, zu der das positive Recht aus Nützlichkeitsgründen oder auf historischem Wege gelangen kann, die aber durchaus nicht als ein Selbstverständniß aufgefaßt werden darf. Dieselbe Argumentation wiederholt sich, wenn wir den Erwerber der Servitut ins Auge fassen; er soll eine nur fingirte unkörperliche Sache erwerben, und deßhalb muß die bloße Aeußerung eines darauf gerichteten Willens genügen; daß er daneben äußere Handlungen vornimmt, vermag wieder die zu erwerbende unkörperliche Sache nicht zu berühren. Wir kommen daher zu dem Resultat, daß die Entstehung von Servituten durch bloßen Vertrag dem eigentlichen Wesen derselben durchaus nicht widerspricht, vielmehr ihrer ganzen Natur nur angemessen ist, und daß wir daher dem Vertrage diese Wirkung beilegen dürften, wenn er auch in allen sonstigen Beziehungen überall nur als ein Versprechen aufgefaßt würde, welches nur persönliche Verpflichtungen im Gefolge hat. Das ist nun aber keineswegs der Fall. Auf die Emphyteusis dürfen wir uns freilich nicht berufen, weil hier derselbe Streit herrscht und die Gegner seit der Dinglichkeit derselben den bloßen Pachtcontrakt nicht mehr zur Entstehung genügen lassen wollen. Die Berufung auf das Pfandrecht und seine allgemein anerkannte Constituirung durch Vertrag sucht man uns dadurch unmöglich zu machen, daß man für dasselbe den Charakter einer

obligatio rei in Anspruch nimmt; allein wir begreifen nicht, wie aus dem Versprechen, — das soll ja der Vertrag nur sein, — welches der Eigenthümer giebt, später die Sache angehalten werden soll; wenn man in der Pfandbestellung nicht eine Disposition des Eigenthümers erkennt, durch welche er seiner Sache den Charakter einer res obligata verleiht und also ganz ähnlich verfährt, als wenn er sie nach unserer Ansicht zu einer res serviens macht[h]).

Gaius nennt aber in den obigen Stellen beides Mal neben den pactiones auch stipulationes, ohne näher anzugeben, ob diese neben oder statt des bloßen Vertrags gebraucht werden sollen, und ob sie überall nöthig sind. Manche haben hieraus entnommen, es sei der Errichtungsvertrag in Stipulationsform eingekleidet gewesen und so für Provincialgrundstücke eine neue solenne Entstehungsweise geschaffen worden. Daß dies möglich ist, läßt sich nicht leugnen, aber nichts desto weniger erscheint es höchst unwahrscheinlich. Denn während sonst die Stipulation immer eine actio ex stipulatu im Gefolge hatte, könnte hier von keiner solchen die Rede sein, und auffallend bliebe es, daß uns nirgends die Formel einer solchen für die Servituterrichtung bestimmten Stipulation überliefert ist[i]), und um so mehr, als doch Justinian in seinen Institutionen als praktisches Recht die Forderung von Gaius für alle Arten von Servituten [nicht bloß für die an Provinzialgrundstücken] wiederholt und

---

h) Wir werden später (§ 72) noch ein freilich auch nicht unangefochtenes Beispiel dafür anführen können, daß ein Vertrag unmittelbar aber ein dingliches Recht verfügt: Zur Remission einer Servitut, die im ältern Rechte durch in iure cessio und mancipatio geschah (vgl. § 39 S. 389), genügte später der bloße Vertrag. Zunächst werden wir da freilich und gegen unsere eigene frühere Annahme beweisen müssen, daß die Dereliction nicht schon allein die Servitut vernichtet und nicht deßhalb schon die darin enthaltene Befugniß an den Eigenthümer zurückfällt.

i) Man hat diese freilich in der schon früher (§ 62 S. 663) einmal von uns besprochenen Stipulation finden wollen, worin der Eigenthümer versprach: per se suosque non fieri, quominus eas, agas u. s. w. Wie aber diese keine Servitut erzeugte, geht aus den Entscheidungen in l. 49 § 1 de V. O. 45, 1 hervor, wonach eine derartige Stipulation nicht verwirkt wird, wenn ein Anderer, als der Promittent, z. B. dessen Bürge, die Ausübung der Servitut stört.

sagt, sie könnten errichtet werden durch pactiones atque stipulationes[k]). Um eine andere Erklärung für letztere zu finden, müssen wir den Stand wieder ins Auge fassen, in dem das Civilrecht sich befand, als Gaius jenes schrieb. Wir sahen oben, daß da, wo das am meisten übliche Rechtsgeschäft unter Lebenden, der Kaufvertrag, die Servitut hervorrufen sollte, durch die alten civilen Entstehungsformen nicht allen Anforderungen an den Verkäufer entsprochen werden konnte, sondern der Abschluß von Stipulationen nöthig war, um für die Tradition, welche beim Verkauf körperlicher Sachen eine so große Rolle spielt, ein Surrogat zu schaffen[l]). Dieser selbe Proceß mußte

k) § 4 J. de serv. II, 3; § 1 J. de usufr. II, 4.

l) Daß die Sitte an dieser Pönalcaution noch festhielt, auch als sie durch Ausbildung der Quasitradition aufgehört hatte, eine nothwendige Consequenz jedes Servitutenkaufs zu sein, können wir daraus erkennen, daß sie von den spätern Juristen noch wiederholt besprochen wird, so nicht nur von Paulus in l. 25 § 12 fam. herc. 10, 2; l. 36 de S. P. R. 8, 3; l. 2 § 5, l. 49 § 1, l. 85 § 3 de V. O. 45, 1, sondern auch von Ulpian in l. 38 § 10 – 12 de V. O. Schon um der Conventionalstrafe willen und wegen der dadurch herbeigeführten größeren Sicherheit gegen Störungen durch den Eigenthümer blieb diese Caution von ersprießlichem Vortheil. Eine andere Auffassung hat man freilich auf die schwierige l. 19 pr. de usufr. des Pomponius bauen wollen, welche lautet:

> Proculus putat insulam posse ita legari, ut ei *servitus imponatur*, quae alteri insulae hereditariae debeatur, hoc modo: si ille heredi meo promiserit, *per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur*, tum ei eorum aedificiorum *usumfructum* do lego, vel sic: aedium illarum, quoad altius, quam uti nunc sunt, aedificatae non erunt, illi *usumfructum* do, lego.

Eine schon von der Glosse versuchte, später namentlich von Huber vertheidigte und auch noch von Hasse (Rhein. Museum Jahrg. 1 S. 87) festgehaltene Erklärung geht dahin, der Ausdruck Ususfructus sei hier nicht im technischen, sondern in einem vulgären Sinne zu nehmen, in welchem er Herrschaft und Nutznießungsrecht ohne irgend welche Beschränkungen, d. h. also Eigenthum, bedeute, denn sonst sei es unbegreiflich, warum der Usufructuar noch ausdrücklich versprechen solle, nicht höher zu bauen, da ihm das ja als eine unerlaubte Veränderung ohnehin nicht gestattet sei. Allein viel unbegreiflicher würde es bleiben, wie ein Pomponius da, wo er nicht etwa vorhandene Legatenformeln nach dem muthmaßlichen Willen des Testators interpretirt, sondern wo er selbst neue Formeln aufstellt, wiederholt so nachlässig verfahren kann, statt „proprietas“

sich bei den durch Vertrag errichteten Servituten wiederholen, so lange die Quasitradition nicht anerkannt war, und so wurden sie auch hier üblich und dauerten fort, als sie beim Kaufe nicht mehr jedesmal vom Verkäufer als Selbstverständniß verlangt werden konnten. Sie empfahlen sich auch hier noch um so mehr, als sie einen sichern Beweis lieferten, daß die pactiones wirkliche Servituten constituiren sollten, und nicht etwa erst ein pactum de constituenda servitute gewesen waren. So mochte man diese regelmäßig abgeschlossenen Stipulationen als ein Zubehör des Errichtungspactums ansehen, und Gaius führte sie auch so auf, ohne daß er sie jedoch deßhalb schon ohne Ausnahme gefordert hätte, und dadurch gingen

„usufructus" zu setzen. Und einer solchen unverzeihlichen Nachlässigkeit brauchen wir auch unsers Erachtens Pomponius gar nicht zu zeihen, indem es doch immer noch einen bedeutenden Unterschied ausmachte, ob der Usufructuar nur vermöge der Beschränkung seines Ususfructs nicht höher baute, oder ob er sich ausdrücklich durch Stipulation und wahrscheinlich durch Pönalstipulation (denn also scheinen diese Stipulationen: per se non fore u. s. w. doch immer gewesen zu sein, wenn auch in den Quellen oft die Aufführung der Strafe weggelassen wird) zum Nichthöherbauen verpflichtet hatte, oder gar seinem Ususfruct eine dahin zielende Resolutivbedingung beigefügt war. Um Ersteres anschaulicher zu machen, wollen wir nur daran erinnern, daß der Erbe, falls er die nuda proprietas an dem usufructuarischen Grundstück verkauft hatte, ohne diese Specialstipulation kein Mittel hatte, um das Höherbauen zu verhindern, wenn dies etwa für ein anderes von ihm zurückbehaltenes Grundstück von größtem Nachtheil war. Daß aber die Leistung der Stipulation: per se non fore, quo altius ea aedificia tollantur, nicht eine wirkliche Servitut erzeugen soll, und demnach der Ausdruck im Anfang der Stelle: ut servitus imponatur, nur ein uneigentlicher ist, kann keinem Zweifel unterliegen, wenn man bedenkt, daß sonst von dem Usufructuar dem Eigenthümer eine Servitut an der eigenen Sache bestellt würde, und es endlich ganz unerklärlich bliebe, wie aus der zweiten von Pomponius vorgeschlagenen Disposition eine Servitut hervorgehen soll. Er will demnach nur sagen, es können im Testament durch Auflegung von Stipulationen Einrichtungen getroffen werden, wodurch der Erbe in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Nachbargrundstücks und nicht bloß als Inne-haber der nuda proprietas gegen Ueberschreitungen des Usufructuars gesichert wird. — Andere Erklärungen, welche eine dritte Person in diese Stelle hineintragen, und ein doppeltes Legat, eins des Ususfructs, eins der nuda proprietas, annehmen, stehen mit den Worten durchaus im Widerspruch.

sie denn auch in Justinians Institutionen über[m]). Diese Auffassung derselben wird auch bestätigt durch die l. 33 de S. P. R. 8, 3[n]), wo Africanus ebenfalls die Stipulation neben dem bloßen Vertrage

---

m) Theophilus (zu § 4 de serv.) schildert demgemäß die dort erwähnten Stipulationen durchaus wie die besprochenen Pönalstipulationen.

n) Quum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus et Seianus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret; recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. — Es erscheint freilich auffallend, daß Africanus hier Servituten durch bloßen Vertrag entstehen läßt; aber entweder handelt die Stelle von Provincialgrundstücken, oder die Compilatoren haben daran gemodelt, da ja nach klassischem Rechte auch die Tradition der beiden Aecker nicht genügend gewesen wäre, um das civile Eigenthum daran zu übertragen. Darum hat es vielleicht ursprünglich statt „tradidimus et in tradendo" geheißen „mancipavimus et in mancipando" oder „in iure cessimus et in cedendo", und die Servitut ist dann nicht durch bloßen Vertrag, sondern durch eine mit der Hauptcession vorgenommene Nebencession oder Mancipation entstanden, und der Jurist entscheidet nur, daß solche Nebencession möglich ist, wenn sie sich entschieden als solche darstellt. Wäre die letztere Annahme die richtige, so könnte allerdings Africans Ausspruch nichts für die im Texte behandelte Frage beitragen, wohl aber könnte die Aufnahme dieser Stelle in dieser Fassung in das Corpus Juris ein Fingerzeig sein, daß die Compilatoren wenigstens jene Institutionenstelle nicht so verstanden, als ob der Abschluß von Stipulationen ein nothwendiges Requisit der Servitutenrichtung durch Vertrag sei.

Der Stellen, die ihrer jetzigen Fassung nach ältern Juristen Aussprüche in den Mund legen, wonach Servituten ohne Rücksicht darauf, ob die dienende Sache ein praedium provinciale ist oder nicht, durch bloßen Vertrag entstehen, giebt es mehrere, und namentlich gehören die dahin, welche, wie die obige, davon handeln, wie ein Grundstück veräußert und gleichzeitig zu Gunsten desselben vom seitherigen Eigenthümer eine Servitut an einem zurückbehaltenen anderen Grundstück bestellt wird, so die l. 3 comm. praed. 8, 4 des Gaius, die l. 6 daselbst des Ulpians, die l. 36 de S P. R. 8, 3 des Paulus und die l. 33 daselbst des Africanus. Man wird überall annehmen dürfen, daß ursprünglich statt tradere, dare u. s. w. mancipare, in iure cedere darin stand, namentlich da in einer uns in den Vaticanischen Fragmenten (§ 47) unverfälscht erhaltenen Stelle grade Paulus sagt: In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine, si peregrino tradatur.

als Mittel der Servituterrichtung nennt, jedoch auch andeutet, daß sie nicht absolut nöthig sei, sondern sie nur empfiehlt, um den Schluß auf Constituirung einer Servitut unzweifelhaft zu machen. Seitdem sich aber die Quasitradition der Servituten ausbildete, mußte diese auch bei Provinzialgrundstücken Anwendung finden und die Stipulation konnte mehr zurücktreten. Für die Entstehung des dinglichen Rechts blieb die Quasitradition regelmäßig aber auch hier ein durchaus gleichgültiger Akt.

Anders aber gestaltete sich inzwischen das Verhältniß da, wo das Civilrecht Servituten anerkannte und zu der Errichtung seither die bestimmten solennen Formen gefordert hatte. Wir haben früher gesehen, wie der Prätor vielleicht erst zu **Ulpians** Zeiten der neuen Theorie vom Quasibesitz dadurch gerecht wurde, daß er die actio Publiciana ausdrücklich versprach, wenn eine Servitut tradirt sei. Damit aber hatte er die Veranlassung zu einer neuen Errichtungsweise von Servituten gegeben. Denn diese Klage schützte ja jetzt den Empfänger einer Servitut gegen jeden schlechter Berechtigten und hatte demnach da, wo die Tradition durch den wirklichen Eigenthümer vorgenommen war, überall denselben Erfolg, wie die confessorische, und es lohnte sich nicht mehr der Mühe, die solennen Errichtungsgeschäfte vorzunehmen, seitdem aus der Tradition ein Recht von gleicher Kraft entstand. Die Theorie wollte freilich die auf diese Weise entstandenen Rechte nicht gleich als Servituten anerkennen und sprach daher nur von einer possessio servitutum[o]) oder nannte sie servitutes tuitione praetoris constitutae[p]), da aber alle Vortheile der civilen Servituten auch solchen ertheilt wurden (vgl. § 29 S. 265), so war diese Entstehungsweise durch Tradition eine der Sache nach den civilen durchaus ebenbürtige und wird als solche von den Compilatoren behandelt[q]). „Sie verlangte auch nicht mehr,

o) L. 3 si usufr. pet. 7, 6.

p) L. 1 pr. quib. mod. usufr. 7, 4.

q) Sie setzen z. B. da, wo früher mancipare und in iure cedere stand, jetzt einfach tradere, ohne sich dadurch abhalten zu lassen, daß die in Frage stehende Servitut gleich darauf als iure constituta bezeichnet wird; vgl. l. 32 de S. P. R. 8, 3.

daß Besteller und Erwerber römische Bürger waren, gestattete dem bonitarischen Eigenthümer ebenso Servituten zu bestellen, wie es unsers Wissens, so lange die solennen Formen nöthig waren, nur der quiritarische Eigenthümer konnte, und wäre endlich auch für den Provinzialboden ebenso anwendbar gewesen, wie für das praedium Italicum. Allein in den Provinzen war das Bedürfniß nach Servituten zu lebhaft gewesen, als daß diese Entwickelung hätte abgewartet werden können, und dort war, wie wir gesehen haben, die Rechtsbildung schon ihren eigenen selbständigen Weg gegangen.

Wir haben seither zwei Systeme kennen gelernt, die sich im ältern römischen Recht hinsichtlich der Errichtung von Servituten an Grundstücken gegenüberstehen; auf der einen Seite die solenne Mancipation und in iure cessio, erweitert durch die prätorische Quasitradition, — auf der andern Seite der bloße Vertrag. Es fragt sich, welches System im justinianeischen Rechte zur Herrschaft gelangt ist. Der Unterschied zwischen italischen und Provinzialboden wurde bekanntlich durch Justinian auch formel aufgehoben, indem in dem ganzen römischen Reich den Innehabern des Grund und Bodens Eigenthum an demselben verliehen und also der Provinzialboden zum fundus Italicus wurde [r]. Damit hätte nun auch consequent das erstere System überall Anwendung finden müssen, und der Entstehung durch bloßen Vertrag wäre der Boden entzogen gewesen. Das scheint aber dem Geiste der damaligen Zeit wenig entsprochen zu haben, der seit Jahrhunderten das Bewußtsein verloren hatte, daß der res publica in Wahrheit das Eigenthum am Provinzialboden zustehe, und der daher jene Verfügung Justinians keine nachhaltige Wirkung beilegen mochte, und man scheint sich daher die bequemere Form neben der mehr umständlichen gewahrt zu haben. Einen Grund dafür konnte man nicht nur darin finden, daß, wie wir oben ausführten, es dem Wesen der Servituten mehr entspricht, durch bloßen Vertrag, als durch Quasitradition zu entstehen, sondern auch in der rein praktischen Beobachtung, daß es Servituten gab, die gar nicht mehr unter Lebenden construirt werden konnten, wenn nach Wegfall der in iure cessio und Mancipation nur Quasitradition

r) L. un. C. de usucap. transformanda 7, 31.

der einzigste Weg dafür war. Wir erwähnten schon in § 19 S. 177, wie die römische Jurisprudenz, um bei Realservituten die Zufügung von Bedingungen zu vermeiden, den Satz aufstellte, daß auch Häusern, die noch nicht existirten, Servituten auferlegt oder erworben werden konnten, ein Satz, der als praktisch in das Corpus Juris überging [a]). Er war unmöglich, wenn Quasitradition zur Entstehung verlangt ward.

Ein directes Zeugniß für die Annahme des Provinzialrechts hinsichtlich der Servitutenerrichtung im spätern römischen Reiche vermögen wir nicht aufzuführen, und die Compilatoren haben hier mit ganz besonderm Ungeschick verfahren, und nur ängstlich bemüht, äußerlich Alles, was auf die alten Entstehungsweisen durch Mancipation und Cession hinwieß, zu verstecken und zu verwischen, haben sie zwischen den beiden Systemen, wie die seither citirten Stellen genügend beweisen, hin und her geschwankt. Aber zu Gunsten des Provinzialrechts haben sie doch die eclatantesten Aenderungen gemacht und z. B. in der seither öfter erwähnten l. 3 de usufr. statt des „Provincialium praediorum“ ein „omnium praediorum“ gesetzt, in den Anm. n genannten Stellen Entstehung durch einfachen Vertrag hineineorrigirt und endlich in den Institutionen nur die Stellen des Gaius verarbeitet, welche von Provinzialservituten sprechen, so daß auf ein bewußtes Annehmen der laxern Regeln der Letztern mit der größten Wahrscheinlichkeit geschlossen werden muß.

Als Resultat des justinianeischen Rechts können wir daher hinstellen, daß, das Vorhandensein aller Erfordernisse einer Servitut vorausgesetzt, durch jeden Vertrag zwischen einer zur Servitutbestellung ermächtigten und einer zur Servituterwerbung fähigen Person alsbald die Servitut selbst erzeugt wird, wenn sich erkennen läßt, daß darauf und nicht etwa erst auf das Versprechen, eine Servitut künftig zu bestellen, die Absicht der Paciscenten gerichtet gewesen ist. Die Quasitradition, welche mit dem Bestellungsakt verbunden sein kann, hat daneben ihre Bedeutung, in so fern sie der Anfang der Quasipossessio sein kann und daher einige Interdicte im Gefolge führt, und weiter, indem sie die Publicianische Klage begründet. Wie diese

a) L. 23 de S. P. U. 8, 2; l. 10 de S. P. R. 8, 3.

aber in ihrer nächsten Anwendung als Klage zum Schutz des Usucapionsbesitzes an körperlichen Sachen auch ohne vorherige Tradition angestellt werden darf, wenn von dem seitherigen Besitzer ein Akt vorgenommen ist, der regelmäßig ohne Tradition Eigenthum zu übertragen vermag, indem z. B. ein Legat von ihm bestellt und auf Grund dessen der Besitz ergriffen ist[1]), so wird auch hier, wo keine Quasitradition zur Entstehung der Servituten mehr nöthig ist, die Publiciana angestellt werden können, sobald auf Grund eines bona fide mit dem Besitzer der körperlichen Sache abgeschlossenen Errichtungsvertrages der Quasibesitz bereits seinen Anfang genommen hatte, wenn der ersten Ausübungshandlung auch die Requisite einer Tradition gefehlt haben sollten.

Das Alles aber gilt nur, wo es sich um Servituten an Grundstücken handelt. An beweglichen Sachen konnte, so weit wir wissen, auch in den Provinzen niemals der bloße Vertrag Servituten erzeugen, sondern es bedurfte dazu der alten formalen Errichtungsgeschäfte und später der Tradition, und es ist kein Grund vorhanden, von dieser Forderung plötzlich abzugehen, zumal so auf historischem Wege ein Resultat entstanden ist, welches auch vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit aus Billigung verdienen wird.

§ 65.

Fortsetzung. Die einzelnen Servituterrichtung bezweckenden Geschäfte und Obligationen.

Vielfache Regeln unsers Corpus Juris beschäftigen sich mit den Stipulationen, durch die sich jemand zur Servitutbestellung verpflichtete, und die verhältnißmäßig häufig gewesen sein werden, so lange zur Errichtung von Servituten solenne Rechtsgeschäfte nöthig waren, wie sie nicht jeder Zeit und in Abwesenheit der nöthigen Hülfspersonen vorgenommen werden konnten. Doch auch später behielten diese Vorverträge, wie Thöl in der Vorrede zur dritten Ausgabe des Handelsrechts derartige Geschäfte zu nennen vorschlägt, ihre Bedeutung, namentlich wenn es noch zur

1) L. 1 § 2, l. 2, l. 13 pr. de Publ. in rem act. 6, 2.

Zeit an den Voraussetzungen der beabsichtigten Servitut fehlt, deren Eintritt aber erwartet wird. Wie aber jede Stipulation nichtig war, deren Erfüllung von Anfang an objectiv unmöglich war[a]), so war auch die eine auf Leistung einer Realservitut gerichtete Stipulation ungültig, wenn der Stipulant kein geeignetes Grundstück hatte, zu Gunsten dessen die Servitut alsbald bestellt werden konnte, oder ihm nur eine ideelle Quote an einem solchen zustand[b]). Consequent hätte man nun dahin gelangen müssen, daß auch, wenn alle einzelnen Miteigenthümer sich von eben derselben Person eine Servitut stipuliren lassen, doch keine Verpflichtung zur Bestellung entstehen könne; allein, wie man einmal utilitatis causa zugelassen hatte, daß der Bestellungsact getrennt den einzelnen socii gegenüber vorgenommen werden konnte, so ließ man auch zu, daß wenn jeder einzelne sich die Servitut habe versprechen lassen, der Promittent hafte, und dazu wurde man um so mehr getrieben, als man auch zugestehen mußte, daß wenn mehrere Erben in die einmal gültig errichtete Stipulation und in das als herrschend designirte Grundstück succedirten, die Verpflichtung des Promittenten fortdauern müsse, und also auch hier die einzelnen Miteigenthümer diesem selbständig gegenüberständen[c]). Auch die später eintretende Unmöglichkeit vernichtet die Stipulation. Deßhalb erlösch sie, wenn der Stipulant vor der Erfüllung sein Grundstück ganz oder theilweise veräußerte[d]). Es versteht sich, daß durch Beifügung von Bedingungen diese Sätze beseitigt werden konnten, indem z. B. jemand sich eine Servitut stipuliren lassen konnte für den Fall, daß er ein geeignetes Grundstück erworben haben werde[e]), und bei unsern gutgläubigen auf Servitutbestellung gerichteten Geschäften wird sehr häufig die Beifügung einer derartigen Bedingung stillschweigend beabsichtigt sein und daher vom Richter supplirt werden müssen.

---

a) Gaius III, § 97; l. 1 § 9 de O. et A. 44, 7; l. 83 § 5, l. 103 de V. O. 45, 1.

b) L. 19 de S. P. R. 8, 3; l. 140 § 2 de V. O. 45, 1.

c) L. 19 de S. P. R. 8, 3; l. 25 § 9 fam. hercisc. 10, 2; l. 140 de V. O. 45, 1.

d) L. 11 de serv. 8, 1; l. 136 § 1 de V. O. 45, 1.

e) L. 98 de V. O. 45, 1.

Diese bieten sonst meistens keine Besonderheiten und sind nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen. Für den Kauf von Servituten wird namentlich wiederholt vorgeschrieben, daß der Verkäufer, falls die Ausübung der von ihm bestellten Servituten von einem besser Berechtigten gestört würde, deßhalb Eviction leisten müsse[f]. Nur muß der Käufer auch in der Lage sein, daß ihm eine gültige Servitut bestellt werden kann, also namentlich, wo es sich um Realservituten handelt, ein geeignetes Grundstück haben, auf welches die Servitut radicirt werden kann[g]). Wie Wege- und Wassergerechtigkeiten pfandweise constituirt werden können, haben wir oben § 83 S. 321 ff. ausgeführt und die Rechtsverhältnisse dargestellt, welche durch eine solche Verpfändung entstehen. Daneben kann noch der Ususfruct Seitens des Eigenthümers in gleicher Weise verpfändet werden, und wird dann das Verhältniß sich analog gestalten, wie in jenem Falle. Die Beweisstellen besprachen wir schon in § 27 S. 236 bei ihrer Benutzung für eine andere Frage.

Vielfach beschäftigen sich die Quellen mit den Retentionen von Servituten bei Veräußerungen der dienenden Sache[h]). Wird im Kaufcontrakte verabredet, daß dem Verkäufer eine Servitut verbleiben soll, so ist dies nur ein Vorvertrag, da ja noch die dienende Sache in der Hand des künftigen Servitutinnehabers ist, und es muß daher bei der Tradition das eigentliche Errichtungsgeschäft wiederholt werden[i]), ist dies nicht geschehen und weigert sich dann der Käufer dasselbe nunmehr seiner Seits vorzunehmen, so kann er mit der Kaufklage dazu gezwungen werden; außerdem wird aber auch, da die Servitutbefugniß vom Tradenten nur in Folge eines Irrthums fortgegeben sein wird, dieselbe als ein indebitum condicirt werden können, und deßhalb wird für diesen Fall die condictio incerti als ein regel-

f) L. 8 § 2 de periculo et comm. 18, 6; l. 10, l. 46 § 1 de eviction. 21, 2.

g) L. 6 § 5 de act. emt. vend. 19, 1.

h) Z. B. in l. 34 de S. P. U. 8, 2; l 30 de S. P. R. 8, 3; l. 3 comm. praed. 8, 4; l 36 de usufr. 7, 1; l. 126 § 1 de V. O. 45. 1.

i) Darauf gründet sich die Entscheidung in l. 19 quemadmod. serv. am. 8, 6; vgl. § 25 S. 209.

mäßiges Hülfsmittel des Verkäufers neben der Kaufklage genannt[k]). Die Retention einer Servitut braucht übrigens nicht immer ausdrücklich zu geschehen, sondern aus den Umständen kann schon genügend hervorgehen, daß dahin der Wille der Tradenten geht. So verhält es sich namentlich, wenn dauernde Vorrichtungen eines zurückbehaltenen Grundstücks in das verkaufte hineinragen, wo aus dem Schweigen der Pasciscenten hierüber gefolgert werden kann, daß dies Verhältniß fortbestehen soll[l]). Man redet hier von einer stillschweigenden Servituterrichtung.

Der Usufruct kann auch auf fremden Namen retinirt werden, indem, wenn der Tradent sagt, er übertrage die Sache nur abzüglich eines Usufructs zu Gunsten des Titius, der Erwerber in Gemäßheit früher besprochener Grundsätze kein Interesse daran hat, daß nun auch der Titius selbst den Usufruct übe, sondern sich jeden gefallen lassen muß, so lange nicht der Titius gestorben oder capite diminuirt ist. Darum kann er auch nichts dagegen einwenden, daß der Usufruct bis dahin beim Verkäufer selbst zurückbleibt, oder auf einen Dritten übergeht[m]), und es bleibt nur die in den Quellen nicht entschiedene Frage, wie es sich verhält, wenn zu Lebzeiten des Titius der Verkäufer stirbt; geht der Usufruct dann noch auf seine Erben über? Da wir früher eine sofortige eventuelle Bestellung eines Usufructs zu Gunsten des Erben als möglich anerkannt haben (vgl. § 12 S. 119), so werden wir auch hier annehmen müssen, dem Willen der Paciscenten nach sollte dem Käufer der Usufruct so lange entzogen sein, als Titius lebte, und dies war mit Sicherheit nur zu erreichen, wenn nicht nur für den Verkäufer selbst ein Usufruct

---

k) L. 35 de S. P. U. 8, 2; l. 22 § 1 de cond. indeb. 12, 6; l. 8 pr. de act. emt. vend. 19, 1; l. 75 § 3 de V. O. 45, 1.

l) L. 36 und 37 de S. P. U. 8, 2.

m) L. 7 de act. emt. vend. 19, 1. Verspricht man daher eine Sache nach Abzug des Usufructs, ohne für diesen einen Träger zu nennen, so ist es möglich, daß man sich selbst als den künftigen Usufructuar denkt, oder eine bestimmte andere Person, oder auch, daß man noch gar nicht eine bestimmte Person im Sinne hat, sondern sich nur vorbehält, irgend einen Usufruct zu constituiren. Die Umstände müssen entscheiden, wofür in jedem Falle zu vermuthen ist, vgl. l. 36 § 1 de usufr. 7, 1.

retinirt würde, sondern auch für seine Erben u. s. w. Diese Regeln finden aber keine Anwendung, wenn jemand einen Usus oder eine Realservitut für einen Dritten bei der Tradition reserviren will, der gar kein solches Recht hat. Denn da bei solchen Servituten der Eigenthümer der dienenden Sache fordern kann, daß sie nur für den geübt werden, um dessen willen sie bestellt sind, so braucht er sich die Ausübung durch den Verkäufer oder einen Andern nicht gefallen zu lassen, und auf den als Servitutinnehaber Genannten kann der Verkäufer nach der Tradition kein solches Recht mehr übertragen, da diese Uebertragung, seitdem er aufgehört hat, Eigenthümer zu sein, den Charakter einer unerlaubten Veräußerung annehmen würde. Höchstens kann aus Gründen der bona fides die bei der Tradition gegebene Erklärung, daß der Acker dem Titius eine Servitut schulde, da, wo dies doch nicht der Fall ist, zur Folge haben, daß wenn der Veräußerer die Bestellung einer solchen Servitut dem Titius schuldet, er mit der Kaufklage fordern kann, daß der Erwerber die Auflegung dieser Servitut auf das verkaufte Grundstück gestatte[n]).

Wie ein Ususfruct einem Ehemanne zur dos bestellt werden konnte, und wie dann in den verschiedenen Zeiten die Restitution desselben nach Auflösung der Ehe geschah, falls ein Anderer, als der Eigenthümer der belasteten Sache, die Herausgabe der dos fordern konnte, haben wir schon in einem früheren Abschnitte [§ 27 S. 244 ff.] dargestellt. Bemerkt muß nur auch hier wieder werden, daß ebenso, wie wenn der Usufructuar seinen Ususfruct als dos hingiebt [vgl. § 28 S. 255], so auch dann, wenn der Eigenthümer solchen bestellt, fraglich sein kann, ob die Constituenten wollten, daß der Ertrag dem Manne zur Bestreitung der Lasten der Ehe als dauerndes Eigenthum zufallen, oder ob dieser Ertrag noch ein Theil der dos sein soll, so daß er künftig restituirt werden muß und dem Ehemann nur die Zinsen dieses Ertrags verbleiben. Vermuthet soll werden, daß der Ertrag selbst in der Ehe verwandt werden soll[o]). Eigenthümlich ist einem solchen Ususfruct noch, daß die Früchte des Jahres, in welchem er erlöscht, zwischen dem Ehemann, also dem

n) L. 6 § 3 comm. praed. 8, 4.

o) L. 7 § 2 de iure dot. 23, 3; l. 4 de pact. dotal. 23, 4.

Usufructuar, und dem, an welchen er die dos zu restituiren hat, nach Verhältniß der Zeit, für welche jeder den Anspruch auf ausschließliche Nutznießung hat, ebenso getheilt werden, wie wenn eine körperliche Sache Gegenstand der dos war, deren Ertrag auch also getheilt wird[p]). Doch versteht sich, daß der Usufructuar, so lange er noch nicht zu restituiren braucht, alle Früchte durch Perception zunächst zu den Seinigen macht, und nur durch die Dotalklage zur Herausgabe der zu viel bezogenen Früchte angehalten werden kann. Er wird aber kein anderes Mittel haben, um den ihm gebührenden Antheil zu erhalten, als daß er die usufructuarische Sache nicht eher herausgiebt, als bis er eine genügende Quantität von Früchten percipirt hat, um sich durch Retention derselben schadlos halten zu können; es sei denn, daß der Empfänger der dos bereit ist, ihm Caution wegen künftiger Rückerstattung seines Fruchtantheils zu leisten.

In einigen Fällen entsteht die Verpflichtung, eine Servitut zu bestellen, unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift. Wir haben schon oben § 14 S. 126 Beispiele dafür aufgeführt, daß mitunter die früheren Innehaber von Servituten, falls diese durch Erwerb des dienenden Grundstücks untergegangen sind, und dieser Erwerb entweder unfreiwillig geschehen ist, oder aus irgend einem Grunde rückwärts aufgelößt wird, Wiederherstellung ihrer Servitut, wie sie vor der Confusion war, fordern können. Dazu kommt noch die singuläre Vorschrift Antonins, welche uns in l. 12 de relig. 11, 7, überliefert wird, wonach der Innehaber eines Grabes, zu dem ihm kein Weg fehlt, die Bestellung eines solchen gegen Zahlung eines entsprechenden Preises von den betreffenden Grundeigenthümern fordern kann; der Richter soll ihm extra ordinem zu Hülfe kommen.

Eine in den Quellen vielfach behandelte Eigenthümlichkeit aller auf die Errichtung von Realservituten oder eines Usus gerichteten Obligationen, wie immer sie auch entstanden sein mögen, ist ihre Untheilbarkeit, welche aus der Unmöglichkeit, solche Servituten zu ideellen Theilen zu bestellen, mit Nothwendigkeit hervorgeht[q]).

p) L. 78 § 2 de iure dot. 23, 3.

q) L. 17 de serv. 8, 1; l. 25 § 9 fam. herc. 10, 2; l. 2 § 1 und 2, l. 72 de V. O. 45, 1.

Daraus ergeben sich die Sätze, daß wenn jemand eine Verpflichtung eingeht, wonach er nur einen Theil einer Servitut zu leisten hat, diese ungültig ist, daß ferner, wenn in die einmal gültig constituirte Obligation an die Stelle des einen Schuldners mehrere treten, jeder derselben auf das Ganze belangt werden kann, aber auch alle frei werden, wenn einer den geschuldeten Gegenstand leistet[r]), und daß endlich, wenn dieselbe Realservitut Mehreren geschuldet wird, jeder von ihnen die Leistung derselben ganz einklagen kann[s]).

Die Obligation auf Bestellung von Personalservituten erlosch der Regel nach mit dem Tode und mit der capitis diminutio des Gläubigers, soweit diese auch eine bestehende Servitut aufheben konnte, indem die Obligation nur dahin ging, ein Recht zu constituiren, das bis zu diesem Zeitpunkte dauern sollte, und dies nunmehr unmöglich geworden ist. Ist die Forderung auf einen Usufruct einem Andern abgetreten, so hat dieser nur Anspruch darauf, daß ihm ein Usufruct auf den Namen des ursprünglichen Gläubigers bestellt werde, und deßhalb erlöscht die Obligation und ebenso der auf Grund derselben etwa schon bestellte Usufruct nur mit dem Tode oder der capitis diminutio des Letztern und geht bis dahin auch auf die Erben des jetzigen Gläubigers über[t]), d. h. es werden von vorne herein eventuelle Usufructe zu Gunsten der Erben mit beigefügten Endterminen (Tod oder Deminution des ursprünglichen Gläubigers) bestellt [vgl. § 12 S. 119]. Analog wird man daher auch annehmen dürfen, daß von vorne herein ein Usufruct auf fremden Namen in dieser Weise Inhalt der Obligation sein kann, und diese dann nicht mit dem Tode oder der capitis diminutio des Gläubigers, sondern des betreffenden Dritten erlöscht. Obligationen auf den Usus werden dagegen ebenso unveräußerlich sein, als der Usus selbst, da sonst in Folge der Veräußerung die Leistung eine ganz andere werden würde. Ob die Obligation auf Usufructerrichtung auch, wie der Usufruct,

---

r) L. 17 de serv. 8, 1; l. 25 § 10 fam. herc. 10, 2; l. 11 § 24 de leg. III. 32; l. 192 de R. J. 50, 17.

s) L. 17 de serv. 8, 1; l. 25 § 9 fam. herciac. 10, 2; l. 2 de serv. leg. 33, 3.

t) L. 4 de novat. 46, 2.

wegen Nichtbenutzung nach Ablauf von ein oder zwei Jahren erlöschen müsse, darüber sollen nach Justinians Bericht in l. 16 C. de usufr. 3, 33 die römischen Juristen gestritten haben. Nach jener Constitution unterliegt diese Obligation nur der allgemeinen Verjährung.

§. 66.

Entstehung durch letztwillige Verfügung.

Letztwillige Verfügungen [Testament, Codicill, Oralfideicommiß, donatio mortis causa[a])] können entweder den Honorirten die Verpflichtung auferlegen, Servituten an Erbschaftssachen, oder an ihren eigenen Sachen, oder an denen Dritter zu Gunsten anderer Honorirter zu schaffen, und stellen dann auf Servitutbestellung gerichtete Obligationen her, welche denselben Regeln, wie die durch Vertrag entstandenen unterliegen, oder sie können den Onerirten, welche körperliche Sachen fortgeben sollen, die Erlaubniß ertheilen, dabei Servituten an diesen Sachen für sich zu retiniren[c]), oder sie können unmittelbar Servituten constituiren, jedoch nur an einer Erbschaftssache und dann so, daß diese entweder beim Erben bleibt, und der Legatar eine Servitut daran hat, oder daß der Legatar das Eigenthum erhält und beim Erben die Servitut bleibt, oder daß ein Legatar das Eigenthum, ein anderer die Servitut erhält[d]). Während in den ersten beiden Fällen im ältern Rechte die Formen des legatum per damnationem[e]) eingehalten, oder durch Fideicommiß die An-

---

a) L. 1 § 2 usufr. quemadm. cav. 7, 9.

c) Dabei entsteht die Frage, wer bei dieser Verfügung als der künftige Servitutberechtigte gedacht ist, nur der Onerirte selbst, oder auch seine Erben, oder auch Dritte? Vgl. l. 26 de usu leg. 33, 2.

d) § 1 J. de usufr. II, 4; l. 6 pr. de usufr. 7, 1. Eine Untersuchung darüber, was der Testator beabsichtigte, findet sich z. B. in l. 4 si usufr. pet. 7, 6.

e) Mit der Auflage, eine Servitut zu errichten, ist nicht die zu verwechseln: heres damnas esto, sinere Titium uti frui fundo (l. 2 de ann. leg 33, 1), welche so wenig einen Ususfruct erzeugte, wie die Stipulation: per me heredesque meos non fieri, quominus Titius utatur fruatur. Darum wird auch in l 31 de S. P. U. 8, 2 gesagt: damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, servitutem*que* praestaret.

ordnung geschehen sein mußte, war zur unmittelbaren Errichtung der Servitut, von der donatio mortis causa abgesehen, ein legatum per vindicationem erforderlich[f]), und auch für alle im Civilrecht anerkannten Arten von Servituten möglich, da sich kein genügender Grund angeben läßt, um dasselbe für negative Servituten, wie Manche thun, unanwendbar zu machen[g]). Im justinianeischen Rechte, wo die alte Legatentheorie gefallen ist, wenn gleich sich ihre Spuren, trotz des sichtlichen Bemühens der Compilatoren, sie zu verwischen, noch durch das ganze Corpus Juris hindurch ziehen[h]), wird jedesmal zu untersuchen sein, worauf der Wille des Testators gerichtet ist, ob die Servitut alsbald entstehen, oder ob sie erst durch den Onerirten bestellt werden soll, nur daß hinsichtlich der Erbschaftssachen die Vermuthung für sofortige Entstehung sein wird. Dadurch kann es z. B. geschehen, daß die Hauptservitut schon durch das Testament geschaffen ist, während auf deren adminicula [vgl. § 25 S. 218], welche an den Sachen Dritter erworben werden müssen, nur ein Forderungsrecht gegen den Erben entstanden ist. Daß in der letztwilligen Disposition der technische Name für die einzelne Servitut gebraucht ist, ist nicht erforderlich, wenn sich nur mit Bestimmtheit erkennen läßt, daß sie beabsichtigt wurde[i]); und dagegen giebt es Fälle, wo trotzdem, daß der Testator sagte, er wolle einen Ususfruct zuwenden, man doch nur annehmen kann, er habe ein Eigenthumslegat[k]), oder ein Legat jährlicher Renten beabsichtigt[l]).

Auch ohne daß der Testator ausdrücklich erklärt, er wolle eine Servitut hergestellt haben, kann doch aus den Umständen hervorgehen, daß sein Wille darauf gerichtet gewesen ist. Eine solche still=

f) Paul. Rec. Sent. III, 6 § 17.

g) Wie Servituten an Provincialgrundstücken nicht Gegenstand eines solchen Legats sein konnten, erwähnten wir schon § 63 Anm. e S. 701. Aber auch der bonitarische Eigenthümer wird sich dieser Form nicht haben bedienen können.

h) Vgl. z. B. § 25 S. 207 Anm. b.

i) Vergl. z. B. l. 6, l. 24 § 1, l. 41 de usufr. leg. 33, 2. Die Titel de annuis legatis 33, 1 und de alim. leg. 34, 1 bieten mancherlei derartige Untersuchungen.

k) L. 15 de auro leg. 34, 2.

l) L. 32 § 4 de usufr. leg 33, 2.

schweigende Constituirung einer Servitut, beziehungsweise eine solche stillschweigende Auflegung der Verpflichtung, eine Servitut zu constituiren, ist namentlich anzunehmen, wenn eine Sache legirt ist, welche ohne Servitut an einer andern Sache gar nicht benutzt werden kann, indem sie z. B. keinen Zugang hat[m]), oder welche wenigstens nicht so benutzt werden kann, wie sie ihrer ganzen Beschaffenheit nach regelmäßig nur benutzt wird, indem z. B. ohne solche Servitut ein Wohnhaus der Gefahr gänzlicher Verdunkelung ausgesetzt ist [wenn bloß Gefahr vorhanden ist, daß ihm die Aussicht entzogen wird, so genügt das nicht, um eine Servitutbestellung zu vermuthen[n])]. Ferner ist eine stillschweigende Constituirung anzunehmen, wenn dauernde Vorrichtungen des legirten Grundstücks in ein anderes Grundstück des Erblassers hineinragen und deßhalb, falls nicht eine Servitut errichtet wäre, von dem Legatar oder Erben, dem dasselbe zufällt, nicht geduldet zu werden brauchten[o]). Daß der Wille des Testators auf Servitutbestellung gerichtet war, ist auch immer da anzunehmen, wo ein seitheriger Servitutberechtigter die belastete Sache durch den Willen des Testators erhält, aber durch denselben auch zur Wiederherausgabe an einen Andern verpflichtet wird. Er darf dann bei dieser Herausgabe die früher bestandene Servitut retiniren[p]). Nur hinsichtlich des Usus fructs gelten andere Grundsätze, indem die Befugniß zur Nutznießung als ein so wichtiges Attribut des Eigenthums galt, daß man annahm, daß, wo dieses gegeben und jenes Attribut ihm nicht ausdrücklich, etwa durch den Zusatz „deducto usufructu“, entzogen sei, der Wille des Testators dem Legatar auch die sofortige Befugniß zur Nutznießung habe verleihen wollen, und darum kann der Erbe, der seither schon Usufructuar war, sich dem nicht entziehen, daß er auch das ius utendi fruendi mit der Sache oder, falls diese schon alsbald durch das Testament dem Legatar zugefallen ist, auch allein ohne die Sache

---

m) L. 10 de S. P. U. 8, 2; l. 81 § 3 de leg. I. 30; l. 15 § 1 de usufr. leg. 33, 2.

n) L. 10 de S. P. U. 8, 2.

o) L. 20 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 1 de serv. leg. 33, 3.

p) L. 20 pr. si serv. vind. 8, 5; l. 84 § 4, l. 116 de leg. I. 30.

demselben übertragen muß[q]). Ja, wenn gar nicht der Erbe, sondern ein Dritter Usufructuar ist, und die belastete Sache doch ohne Beschränkung einem Andern legirt wird, so wird angenommen, daß neben der nuda proprietas auch das ius utendi fruendi, also in so weit eine fremde Sache, den Inhalt des Legats bildet, und der Erbe ist daher zur Einlösung des Usufructs, beziehungsweise zur Leistung des Werths desselben verpflichtet[r]).

Diese Interpretationsregel hat für den Fall, wo dem Einen der Usufruct einer Sache, dem Andern diese Sache selbst ohne welche Beschränkung legirt ist, zu der allerdings consequenten, aber doch oft, wie Modestin auch andeutet[s]), mit dem wahrscheinlichen Willen des Testators wenig übereinstimmenden Auffassung geführt, daß hier hinsichtlich der Nutzungsbefugniß zwei Legatare concurriren, und daß sich diese daher allgemeinen Regeln gemäß in das legirte Object zu theilen haben. Trotzdem also, daß dem einen Legatar der ganze Usufruct hinterlassen ist, erhält er nur einen Theil desselben[t]); den wie vielsten, das ist jedesmal nach den allgemeinen Regeln des Legatenrechts zu ermitteln. Dabei gelten diejenigen, welchen etwa zusammen das unbeschränkte Eigenthum legirt ist, als re coniuncti und ebenso die, welche als Usufructuare genannt sind, und demgemäß erhalten sie jedesmal nur zusammen einen Theil, so daß, wenn eine Sache Zweien zum unbeschränkten Eigenthum, Einem zum Usufruct legirt ist, jene zusammen die eine Hälfte des Usufructs, dieser die andere desselben erhält, wie ebenso umgekehrt, wenn neben Einem Eigenthümer zwei Usufructuare genannt sind, vom Letztern jeder nur ein Viertel erhält[u]).

---

q) L. 76 § 2 de leg. II. 31; vgl. § 4 S. 34.

r) L. 66 § 6 de leg. II. 31.

s) L. 19 de usu leg. 33, 2. Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego, vel: Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato. Quod nisi fecerit, usufructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

t) L. 6 de usufr. earum rerum 7, 5.

u) Vat. fragm. § 83; l. 9 de usufr. accresc. 7, 2; l. 26 § 1 de

Wir sind damit also zu Fällen gekommen, wo aus gewissen Verfügungen ein theilweiser Widerruf anderer, welche Servituten anordneten, deducirt wird. Dieser kann natürlich auch ausdrücklich in derselben oder in einer spätern gültigen letztwilligen Disposition des Testators geschehen, wenn er nur dieselbe Servitut trifft, welche legirt ist[v]). Außerdem kann aber auch aus sonstigen Umständen darauf geschlossen werden, daß der Testator die angeordnete Servitut hat widerrufen wollen, und in dieser Beziehung werden uns namentlich für das Legat eines Ususfructs sehr strenge Vorschriften überliefert, wonach jede wesentliche Veränderung der Sache, mag sie vom Testator oder von einem Dritten vorgenommen, oder durch Naturereignisse herbeigeführt sein, das Legat aufheben soll. Wir müssen auf die einzelnen Entscheidungen unten (§ 70) zurückkommen, wenn wir von dem Untergang des bestehenden Ususfructs in Folge einer solchen wesentlichen Umgestaltung der belasteten Sache reden und können daher einstweilen darauf verweisen.

Den Abzug der Falcidischen Quart erleiden die letztwilligen Verfügungen, welche Servituten zum Gegenstand haben, ebenso wie die, welche körperliche Sachen betreffen. Ein Legat theilbarer Servituten mindert sich in Folge dessen ipso iure um die abzuziehende Quote[w]), wogegen beim Legat untheilbarer Servituten der belastete Erbe ein Retentionsrecht erhält, bis ihm für die Quote, um welche er beschwert ist, die entsprechende Quote des Geldwerths der ganzen Servitut bezahlt ist[x]). Um also nicht das ganze Legat zu vereiteln, wird, so weit die lex Falcidia in Frage kommt, der Geldwerth als der eigentliche Inhalt des Legats einer Servitut angenommen, und

---

usufr. leg. 33, 2. Es versteht sich, daß wenn der Testator den Eigenthümer ausdrücklich neben einzelnen Anderen zum Ususfruct beruft, er dann nur in gleichem Verhältnisse mit diesen daran participirt, weil er so auch ein re et verbis coniunctus ist, vgl. l. 4, l. 7 de usufr. accresc. 7, 2.

v) Arg. leg. 14 § 1 und § 2 de usu 7, 8; vgl. § 20 S. 188.

w) L. 81 pr. ad leg. Falcid. 35, 2 Nach Vat. fragm. § 68 wollten die ältern Juristen den ganzen Ususfruct geschätzt haben, und dem Legatar die Zahlung der Quote des Werths anslegen. Aristo verfolgt zuerst die nachher recipirte Meinung.

x) L. 5 § 1 de exc. doli 44, 4; l. 7, l. 80 § 1 ad leg. Falc.

dem Erben nur ein Anspruch auf Geld gewährt. Aber dieser Gesichtspunkt vermochte das Servitutenlegat nicht aufrecht zu erhalten, wenn das Grundstück, welches künftig das herrschende sein sollte, zugleich vermacht wurde, und dieses Vermächtniß um der falcidischen Quart willen ebenfalls einen Abzug erlitt; dann fehlte ja dem Honorirten die zum Servituterwerb nöthige Voraussetzung, da er vermöge des Abzugs nur Miteigenthümer des Grundstücks ward, welches das herrschende sein sollte. Deßhalb sagt Paulus in l. 49 § 1 ad leg. Falcid. 35, 2 mit Rücksicht auf diesen Fall: Interdum evenit, ut propter rationem legis Falcidiae sequens legatum exstinguatur. Aber dies mochte doch manchem römischen Juristen zu hart erscheinen, und sie sannen daher auf Mittel, dies zu beseitigen. Scävola ergreift in l. 23 daselbst den Ausweg, daß er das Legat des Grundstücks und der Servitut als ein Ganzes auffaßt und daher auch das Legat des Grundstücks nicht ipso iure um einen ideellen Theil kürzt, sondern dem Erben nur einen Anspruch auf eine entsprechende Quote des Gesammtwerths zubilligt, der aber wunderbarer Weise dadurch befriedigt werden soll, daß das Legat der Servitut erlöscht, falls der Werth derselben dem Betrage entspricht, den er zu beanspruchen hat. Genügt er demselben nicht, so wird — Scävola geht auf diesen Fall nicht ein, — das Grundstück wohl noch außerdem um eine dem Ausfall entsprechende Quote gekürzt; übersteigt aber der Werth der Servitut die Summe, auf welche der Erbe Anspruch hat, so soll nach jener Entscheidung das Servitutenlegat nicht untergehen und der Erbe wird seinen Anspruch auf dem Wege der Retention befriedigt erhalten. Es ist nicht zu leugnen, daß Scävolas Entscheidung manche Willkürlichkeiten und Inconsequenzen enthält, und es ist daher auch nicht zu verwundern, daß sie bei der römischen Jurisprudenz keinen festen Boden gewinnen konnte, wie daraus hervorgeht, daß der später lebende Paulus in jener l. 49 § 1 so andere Grundsätze aussprach. An diese werden wir denn auch, trotzdem, daß die Compilatoren Scävolas Ausführung in denselben Titel aufgenommen haben, ihrer innern Consequenz wegen noch für das justinianeische Recht fest halten müssen.

Zur Realisirung des Anspruchs auf die falcidische Quart hat der Erbe die gewöhnlichen Mittel, und um einer vorzeitigen Be-

mächtigung der Servitut Seitens des Legatars vorzubeugen, war dem Interdict Quod legatorum die erforderliche Erweiterung gegeben[y]). Das Recht aber erwarb der Legatar, falls die Servitut unmittelbar im Testament errichtet war, alsbald mit der Erbschaftsantretung, auch wenn er gar nichts von dem Legat erfuhr, und es begann daher von da an nicht nur die Verjährungszeit zu laufen, sondern wenn er das nunmehr herrschende Grundstück veräußerte, verlor er auch die Befugniß, auf das Legat zu verzichten, da die legirte Sache bereits auf den Käufer übergegangen war[z]).

Die Gültigkeit des Servitutenlegats wird, wie die aller Legate, darnach beurtheilt, in wie weit die Voraussetzungen derselben im Augenblick des Anfalls [quando dies legati cedit] vorhanden sind; während dieser aber beim Legat von Realservituten nach denselben Grundsätzen anzunehmen ist, wie beim Legat körperlicher Sachen, und also für unbedingte Legate mit dem Tode des Erblassers, für bedingte mit dem Eintritt der Bedingung zusammen fällt[aa]), hat die römische Jurisprudenz für Legate von Personalservituten um deren Natur willen andere Grundsätze aufstellen zu müssen geglaubt. Daß alle solche Legate, sobald ihnen irgend ein Anfangstermin beigefügt ist, der nach der Zeit der Erbschaftsantretung verfällt, in so fern als bedingte Legate gelten, als erst nach dem Augenblick, wo dieser Termin eintritt [quando dies legati venit], die Gültigkeit des Legats beurtheilt wird, oder mit andern Worten, daß auch hier der dies cedens und der dies veniens zusammenfallen[bb]), ist eine nothwendige Folge des Umstands, daß es stets ungewiß ist, ob der Legatar diesen Termin noch erlebt, und daher die Wirksamkeit des Legats, welches an seine individuelle Person geknüpft ist und mit dieser untergeht, von einem künftigen ungewissen Ereigniß abhängig gemacht ist. Es werden daher mit Recht alle betagte Legate von Personal-

---

y) Vat. fragm. § 90; l. 1 § 8 quod legatorum 43, 3.

z) L. 19 § 1 quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

aa) Ist solches Legat von der Bedingung, etwas nicht zu thun, abhängig gemacht, so wird jedoch auch hier die Bedingung durch die cautio Muciana beseitigt. Vgl. l. 79 de cond. 35, 1.

bb) Vat. fragm. § 60; l. 1 § 3 quando dies ususfr. 7, 3.

servituten den bedingten beigezählt und z. B. entschieden, daß wenn der Honorirte die Sache, an welcher ihm ein Ususfruct unter Beifügung eines Anfangstermins legirt ist, nach der Erbschaftsantretung in vollem Eigenthum hat, er dadurch den Anspruch auf das Legat noch nicht verliert, sobald er sie nur vor dem Eintritt dieses Termins wieder veräußert hat [cc]). Dieser Regel ward aber dadurch eine um so weitere Anwendung zu Theil, als man das Legat von Personalservituten, die nur in wiederkehrenden Perioden, z. B. ein ums andere Jahr, geübt werden sollen, als das Legat einer Reihe einzelner successiver Personalservituten auffaßte, von denen jede einen bestimmten Anfangs- und einen bestimmten Endtermin hatte, und darum beim Beginn einer jeden Periode von Neuem ohne Rücksicht auf die früheren Perioden untersucht wurde, ob grade jetzt die Erfordernisse für die Gültigkeit des Legats vorhanden waren [dd]). Eine solche Reihe einzelner successiver Servituten wurde aber auch schon angenommen, sobald der Testator seiner Verfügung einen Zusatz beigefügt hatte, wie „in annos singulos", „quotannis", „in singulos menses", „quotidie" u. s. w. [ee]), und solcher Zusatz empfahl sich um so mehr, als, wie wir später ausführen werden, die capitis deminutio, welche einen bereits bestehenden Ususfruct und Usus aufhob, doch das Legat derselben, so lange der dies cedens nicht eingetreten war, nicht zu alteriren vermochte, und also trotz der Deminution beim Beginn der neuen Periode die also vermachte Servitut wieder auflebte [ff]). Bei betagten Legaten von Personalservituten zu Gunsten von Sklaven oder Haussöhnen, ward auch die Frage, wem die Servitut als dem Herrn oder Vater des Honorirten zufalle, nach dem Zeitpunkt entschieden, in welchem der Anfangstermin eintrat [gg]); nach Vat. fragm. § 57 soll jedoch mit der Veräußerung des Sklaven auch der zu Gunsten desselben legirte Ususfruct untergehen [hh]).

---

cc) L. 34 pr. de usufr. 7, 1.

dd) L. 34 de usufr. 7, 1; l. 1 pr. quando dies ususfr. 7, 3.

ee) L. 1 pr. und § 1 quando dies ususfr. 7, 3; l. 1 § 3 quibus mod. ususfr. 7, 4; l. 10, l. 12 quando dies legator. 36, 2; Vat. fragm. § 59.

ff) L. 1 § 1—3, l. 3 quibus modis ususfr. 7, 4.

gg) L. 5 § 7 quando dies legat. 36, 2.

hh) Ueber die eigenthümlichen Regeln rücksichtlich eines Ususfructs, welcher

So sehr also die seither besprochenen Regeln hinsichtlich des dies cedens bei Legaten von Personalservituten mit der allgemeinen Legatentheorie in Einklang stehen, so verbirgt sich dies dagegen mehr hinsichtlich einer andern Regel, der man leicht geneigt ist, den Vorwurf einer ungerechtfertigten Härte zu machen. Bei unbedingten und unbetagten Legaten von Personalservituten soll nämlich nicht, wie bei einem derartigen Legat körperlicher Sachen, der Augenblick des Todes des Testators den dies cedens bilden, sondern erst der Augenblick der Erbschaftsantretung[ii]), so daß der Erbe, wenn er diesen verzögert, dadurch nicht nur, wie er das hinsichtlich aller Legate vermag, die Geltendmachung des legirten Rechts für einige Zeit vereitelt, sondern auch bewirkt, daß die Früchte einstweilen für die Erbschaft, d. h. also, wenn er später antreten will, für ihn selbst gezogen werden, und zwar ohne daß er deßhalb in jedem Falle schon zur spätern Herausgabe derselben gezwungen werden kann. Nur wenn der Beweis erbracht werden kann, daß die Verzögerung nur geschehen ist, um die Wirksamkeit des Legats zu schmälern, muß Ersatz der Früchte geleistet werden[kk]). Allerdings hat der Legatar die Befugniß, auf richterliche Festsetzung einer Deliberationsfrist zu dringen; allein es vergeht dann doch immer einige Zeit, wo er die Nutzung noch nicht hat, und wird die Erbschaft successiv Mehreren deferirt, und jeder derselben deliberirt längere

einem Erbschaftssklaven vermacht ist, siehe fragm. Vat. § 55; l. 1 § 2 quando dies ususfructus 7, 3; l. 16 § 1 und § 2 quando dies leg 36, 2. Die eingehende Besprechung dieser mannigfache Schwierigkeiten bietenden Stellen würden uns hier zu weit führen, und wir können wegen derselben auf die manchen Abhandlungen der neueren Zeit über die hereditas iacens verweisen.

ii) L. 1 § 3 quando dies ususfr. 7, 3; l. 2 quando dies leg. 36, 2 Eine Anwendung des Satzes für alternative Legate in l. 14 pr. und § 1 quando dies leg. 35, 2.

kk) L. 35 pr. de ususfr. In l. 36 § 2 de ususfr. 7, 1 wird freilich allgemeiner gesagt, der Legatar oder sein Erbe können Ersatz für die entzogenen Früchte verlangen, „quum per heredem staret, quominus ususfructus praestaretur". Allein da gleich darauf eine mora des Erben vorausgesetzt wird, so kann der Jurist den obigen Fall nicht im Auge gehabt haben, da der zur Erbschaft Berufene durchaus nicht verpflichtet ist, sich über den Erbschaftsantritt zu erklären, und also auch keine mora begeht, wenn er das verzögert.

Zeit, so können Jahre vergehen, in denen der Legatar vergeblich Alles versucht, um zu seinem Usus fruct zu gelangen. Die eigentlichen Gründe dieses so harten Satzes geben unsere Quellen nicht an; sie sagen nur, der Legatar deferire ja den Usus fruct nicht auf seine Erben, und es sei also nicht nöthig, daß der dies cedens vor dem dies veniens eintrete[ll]). Aber es entsteht die Frage, warum wird hier nicht, wenn die Erbschaft angetreten ist, das Legat auf den Moment des Todes, wie alle andern Legate, zurückbezogen, warum erwirbt der Legatar nicht schon alsbald und überall einen Anspruch auf die seitdem eingeernteten Früchte und transmittirt den auf seine Erben, wie er es thut, wenn der Onerirte doloser Weise die Herausgabe der usufructuarischen Sache noch nach der Erbschaftsantretung verzögert[mm]). Die manchen seitherigen Versuche, diese Regel zu erklären, scheinen mir nicht genügend; ich glaube aber, daß sie sich dennoch von einem Gesichtspunkt aus rechtfertigen läßt, der uns schon mehrmals beim Usus fruct und den übrigen Personalservituten entgegengetreten ist, wenn gleich die Quellen nirgends ausdrücklich auf ihn aufmerksam machen. Es ist nämlich jedes Legat einer solchen Servitut an die stillschweigende Bedingung geknüpft, daß der Legatar vorher die usufructuarische oder usuarische Caution leiste [vgl. § 50 S. 561]; diese Bedingung ist allerdings der Regel nach eine reine Potestativbedingung, deren Erfüllung vom Willen des Legatars abhängt, und vermag daher den dies cedens, allgemeinen Grundsätzen gemäß, nicht hinauszuschieben; anders aber verhält es sich, wenn der Legatar sie noch nicht erfüllen kann, weil kein Erbe vorhanden ist, welcher zur Annahme der Caution ermächtigt ist, und sie muß dann also wie eine casuelle Bedingung wirken, so daß schon deßhalb der dies cedens immer nach dem Erbschaftsantritt fallen muß. Dahin führt auch schon die rein praktische Erwägung, daß es zu sehr complicirten Verhältnissen führen könnte, wenn der Legatar für die Zeit bis zur Erbschaftsantretung die Früchte würde beanspruchen können,

---

ll) L. 3 quando dies leg. 36, 2. Ulpianus. — **nam quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit.**

mm) L. 36 § 2 de usufr., l. 6 de usu leg. 33, 2.

dieses Recht aber dann wieder bis zu der seiner Seits geschehenen Cautionsleistung nach den früher dargestellten Regeln [§ 56 S. 563] cessiren sollte. Wir können daher die Sätze vom dies cedens bei Legaten von Personalservituten nur als consequente Ausflüsse der Grundlehren des Legatenrechts anerkennen.

Die eben dargestellten Sätze haben wieder mitgewirkt, um in Verbindung mit der Lehre von der Theilbarkeit des Ususfructs und der ihm nachgebildeten Personalservituten, so wie mancher Consequenzen des Begriffs der Personalservitut, für Legate solcher Servituten dem Accrescenzrecht eine so charakteristische Gestalt zu geben, ohne daß diese, von Nebenpunkten abgesehen, deßhalb als eine singuläre Rechtsbildung aufgefaßt werden kann. Sobald nämlich im alten Rechte ein Vindications- oder Präceptionslegat[nn]), im neuern Rechte aber irgend eine testamentarische Verfügung unmittelbar einen Ususfruct an derselben Sache zu Gunsten mehrerer Legatare schafft, so daß jedem der Legatare dem Wortlaut des Testaments gemäß individuell dasselbe zugewiesen wird, was auch Andern zugewiesen wird, so gilt auch hier der Satz: concursu partes fiunt — und ferner: jeder Legatar verliert dadurch nur so viel an seinem Rechte, als wirklich in das Vermögen des Concurrenten übergeht — oder mit andern Worten: fällt einer der Legatare aus, so wird dessen Portion den andern Legataren deferirt, sie accrescirt ihnen[oo]).

---

nn) Beim Damnationslegat und dem Legat sinendi modo galten diese Grundsätze nicht, — quoniam damnatio partes facit. Vat. fragm. § 75, § 85—89. Im § 85 daselbst wird entschieden, daß wenn jemand eine fremde Sache per vindicationem legire, hier, seitdem dieses Legat in Folge des SC. Neronianum aufrecht erhalten wird, die Grundsätze des Accrescenzrechts durch utile Klagen geltend gemacht werden sollen. Daraus können wir entnehmen, daß auch da, wo ein Forderungsrecht auf einen Ususfruct Mehreren legirt ist, Accrescens stattfindet, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß der Testator sie eingehalten haben wolle. L. 57 § 1 de usufr. 7, 1 verwirft sie, wo der Ususfruct Gegenstand eines Fideicommisses war, und mit so viel mehr Recht, als hier aus den Umständen ein entgegengesetzter Wille des Testators hervorging.

oo) Paul. Rec. Sent. III, 6, § 26; Vat. fragm. § 77; l. 1 § 3, l. 3 pr., arg. leg. 6, l. 11, l. 12 de usufr. accr. 7, 2; arg. leg. 2 quib.

Dabei haben diejenigen, welche bei der Theilung durch die Ausgefallenen zunächst benachtheiligt werden, also die re et verbis coniuncti, den Vorzug, und die leer gewordene Portion dient dazu, ihren Antheil dem der andern Legatare gleich zu machen[pp]). Fehlen solche re et verbis coniuncti, so wird der leer gewordene Theil auch den „separatim" im Testament Genannten deferirt, wenn sie eben nur re coniuncti sind, d. h. auf denselben ganzen oder partiellen Ususfruct ohne Theilbestimmung eingesetzt sind[qq]). Wir führten oben (S. 720) schon aus, wie neben denen, welchen nur der Ususfruct hinterlassen ist, auch die als re et verbis coniuncti galten, welchen unbeschränktes Eigenthum legirt ist, und welche daher als ebenfalls zur Nutznießung berufen angesehen werden, und wie-

---

mod usufr. 7, 4 und a. a. O. Eine Ausnahme, aber eine wohlbegründete, stellt die l. 74 de cond. 35, 1 auf. Papinian entscheidet dort, daß wenn einer Frau und dem Titius ein Ususfruct unter der Bedingung legirt sei, daß die Frau sich nicht verheirathe, so behalte die Frau ihren Theil, auch wenn sie sich verheirathe, da diese Bedingung ihr gegenüber nach der lex Papia unerlaubt sei, aber sie erhalte nicht auch alsbald den Theil des Titius, den dieser verliere, weil die ihm gegenüber durchaus erlaubte Bedingung deficirt sei; dieser Theil falle vielmehr an den Eigenthümer, bis Titius sterbe oder eine capitis deminutio erleide, dann erst könne die Frau seinen Ususfruct beanspruchen. Als Grund führt Papinian an: tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset. Es soll also der singuläre Rechtsatz, daß eine Bedingung als erfüllt gilt, ohne erfüllt zu sein, nicht dahin führen, daß der, welchem das Recht auf diese Weise zu Hülfe kommt, mehr erhält, als wenn er diese Bedingung in Wirklichkeit erfüllt hätte, und deßhalb hat die eine Singularität die andere im Gefolge, daß hier das Accrescenzrecht sistirt wird, bis es auch im letztern Falle eingetreten wäre.

pp) Zu den re et verbis coniuncti gehörten auch die mehreren Eigenthümer eines Sklaven, welche einen diesem legirten Ususfruct mit andern Legataren erworben hatten, wenn gleich dies lebhaft bestritten wurde. Vat. fragm. § 75 und 76; l. 1 § 1 und 2 de usufr. accresc. 7, 2. Daß die Conjunction Titio cum Maevio dieselbe Kraft hat, wie Titius et Maevius erwähnen l. 7 und l. 8 daselbst.

qq) Vat. fragm. § 77; l. 1, l. 7 § 2 de usufr. accresc. 7, 2; l. 3 § 1 quib. mod. usufr. 7, 4.

ebenso ihnen gegenüber die, welche nur den Usufruct erhalten, also als re et verbis coniuncti erscheinen. Wird dagegen eine Sache nur deducto usufructu legirt, so daß der Usufruct in der Erbschaft verbleibt und sich daher als ein theilbares Recht alsbald unter die mehreren Erben spaltet, so findet unter diesen das eigenthümliche Accrescenzrecht des Usufructs nicht statt, „nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum" sagt Ulpian [rr]), d. h. vom Testator ist nirgends für jeden Erben ein ganzer Usufruct bestimmt, sondern von vorne herein ist jedem Erben ein bestimmter Theil angewiesen, wie er seiner Erbportion entspricht, so daß man nicht sagen kann: concursu partes fiunt. Ebenfalls findet das Accrescensrecht keine Anwendung, so lange für den ausgefallenen Legatar ein vom Testator ernannter Substitut berufen ist, sei es, daß dies ein Dritter ist, sei es, daß es der Ausgefallene selbst ist, dem der Usufruct für den Fall, daß er ihn verliere, von Neuem legirt ist [ss]); denn dann hört ja für die andern Legatare die Concurrenz nicht auf, und die alte Theilbestimmung muß beibehalten werden. Dagegen hat dieser Substitut seiner Seits selbst Anspruch auf die Accrescenz, wenn er nicht etwa nur ausdrücklich für einen bestimmten Theil substituirt ist [tt]).

Während rücksichtlich der seither dargestellten Regeln das Accrescensrecht beim Legat körperlicher Sachen und bei dem eines Usufructs keine wesentliche Verschiedenheit bietet, so gestaltet es sich dadurch in beiden Fällen ganz verschieden, daß es dort nicht mehr vorkommen kann, sobald jeder der berufenen Legatare seine Portion angetreten hat, daß es dagegen hier immer wieder von Neuem geltend gemacht werden kann, falls das Recht eines der Legatare auf die Nutznießung aus irgend einem Grunde, während die Rechte der andern Legatare noch fortdauern, in der Art untergeht, daß es

---

rr) L. 1 § 4 bis l. 3 pr. de usufr. accresc. 7, 2. Vat. fragm. § 78 und § 82. Anders verhält es sich, wenn der Usufruct ausdrücklich einigen Erben ohne Theilbestimmung prälegirt ist. Vgl. l. 8 de usufr. accresc.

ss) L. 3 § 1 und § 2 quibus mod. ususfr. 7, 4.

tt) Daselbst.

ohne das Accrescenzrecht an einen Dritten, vom Testator nicht mit zur Nutznießung Berufenen fallen würde[uu]).

Fragen wir nun aber nach dem Grunde, weßhalb die einmal von einem der Legatare erworbene Portion nach Ausfall desselben immer wieder vertheilt werden soll, so geben die Quellen dafür als Grund an:

> Omnes enim auctores de hoc consenserunt, ut et Celsus et Julianus eleganter aiunt: *ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur.*

Auf Grund dieser Stelle pflegt man heutigen Tags nach dem Vorbilde der Ausführungen von Heimsoeth[vv]) und der mehr abgerundeten von K. Alb. Schneider[ww]) jenen Satz gegen die mancherlei Angriffe auf seine Folgerichtigkeit dadurch zu begründen und zu vertheidigen, daß man annimmt, das Legat könne nicht alsbald am dies cedens seinem vollen Inhalt nach, wie wenn Eigenthum legirt wäre, erworben werden, sondern müsse, da der Usufruct seinem Wesen nach in einzelnen von den Berechtigten successiv vorzunehmenden Handlungen bestände, erst nach und nach während der ganzen für den Usufruct bestimmten Zeit vom Legatar gewonnen werden. Wer von den Legataren daher wegfalle, habe nicht mehr erworben, als von ihm ausgeübt sei, und bei allen folgenden Ausübungshandlungen concurrire er daher nicht mehr, so daß er die Portionen der Uebrigen nicht mehr beschränken könne. Allein dem ersten Theile dieses Rai-

---

uu) Diese Beschränkung des Accrescenzrechts schließt dasselbe z. B. aus, wenn einer der Usufructuare das Eigenthum der belasteten Sache erwirbt und also die Servitut des Usufructs in Folge von Consolidation verliert, weil er, dem dafür die Nutznießung als Eigenthümer zugefallen ist, dann doch noch zu denen gehört, die nach dem Willen des Testators zur Nutznießung berufen sind, und erst wenn ein Umstand eintritt, der ihm, wenn jene Consolidation nicht geschehen wäre, den Usufruct genommen hätte, fällt sein Antheil an der Nutznießung den andern Legataren zu. Vgl. Vat. fragm. § 83; l. 6 pr. de usufr. accresc. 7, 2.

vv) De usufr. accresc. ex iure Romano. Colon. 1831.

ww) Das altcivile und justinianeische Anwachsungsrecht, Berlin 1837 S. 288 ff.

sonnements und zugleich der ganzen obigen Begründung dieses Satzes glaube ich nicht beistimmen zu können. Denn durch die Annahme, daß das Legat nicht mit einem Male, sondern erst allmälig erworben werden könne, scheint mir der Charakter des dinglichen Rechts wesentlich alterirt zu werden, indem dieser es fordert, daß jeder, der einmal eine Servitut gültig erworben hat, sich diese mit seiner dinglichen Klage ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerbsact, jetzt wiederholt, noch den gleichen Erfolg erzielen würde, zu behaupten vermag, bis die Servitut aus einem nur seinen eigenen Regeln unterliegenden Erlöschungsgrunde untergegangen ist. Mit dem Moment, wo der Ususfruct entsteht, löst sich für seine ganze Dauer die ihm zu Grunde liegende Eigenschaft der körperlichen Sache von dieser los, und es widerspricht dem ganzen Bau des römischen Servitutenrechts, wenn man sich diese Loslösung bei jeder einzelnen Ausübungshandlung wiederholt denkt, und also auch den Rechtsgrund dafür jedes Mal von Neuem und nach der jetzigen Sachlage prüfen wollte. Das erkennt das Recht auch ausdrücklich z. B. dadurch an, daß beim Legat eines Ususfructs der dies cedens desselben nur einmal eintritt[xx]), oder daß überall nur gefragt wird, ob zur Zeit der Bestellung der Bestellende Eigenthümer der belasteten Sache ist, also durch Sätze, welche in den Augen **Schneiders** und seiner Nachfolger als Singularitäten erscheinen müssen, und welche doch die ganze Servitutentheorie beherrschen. Diese Sätze drücken aber deutlicher und unzweifelhafter die eigentliche Auffassung des römischen Rechts aus, als das Raisonnement der einzelnen Juristen, zumal diese grade in der Begründung der aufgestellten Regeln so oft das geringere Geschick beweisen, während sie in der Auffindung derselben ihren musterhaften Takt und Scharfsinn bewähren. Dies wiederholt sich auch in dem vorliegenden Falle. Denn die obige Regel selbst müssen auch wir als das consequente Resultat des Begriffs des

---

xx) Ulpian behauptet diesen Satz grade der Thatsache gegenüber, daß der Ususfruct erst allmälig consumirt werden kann, wenn er in l. 1 pr. quando dies ususfr. 7, 3 sagt:

> Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius, qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies.

Ususfructs anerkennen und es für richtig halten, daß, falls einer der zusammen Berufenen seinen Usufruct verliert, die Beschränkung aufhören muß, die das Legat der Uebrigen seither durch seinen Anspruch erlitten hat — aber nicht, weil er die ihm deferirte Quote täglich erwerben muß und also nur bis dahin erworben hat, wo er ausfällt, sondern weil ihm von Anfang an die Nutznießung nur bis zu seinem Tode oder bis zu seiner Capitis Deminution oder bis zum Eintritt eines sonstigen Erlöschungsgrundes deferirt war, und also mit diesem Zeitpunkt, bis zu welchem er allerdings auch folgeweise nur den Anspruch auf Nutznießung erworben hatte, seiner Seits die Concurrenz erlöschen muß, welche seither die andern Legatare beschränkte. Diesen war schon von Anfang an die ganze Nutznießung und also auch die von dem Ausgefallenen bis jetzt in Beschlag genommene Quote deferirt, aber für diese Quote war die Bedingung beigefügt, daß sie ihnen erst anfallen solle, wenn der erste Innehaber sie verloren habe, und somit war der dies cedens für sie bis zu dem Zeitpunkt hinausgerückt, wo dieser sie verloren hatte.

Dieser Sachverhalt führt nun in Verbindung mit den oben dargestellten Grundsätzen über den dies cedens dahin, daß die Ansprüche auf Accrescens der leer gewordenen Portion nur nach dem Zeitpunkte beurtheilt werden dürfen, wo diese Portion durch den Ausfall eines Legatars leer wird, und daß daher namentlich die Capitis Deminution, welche Einer der andern Legatare vorher erlitten und wodurch er den ihm früher angefallenen Antheil wieder verloren hat, den Anspruch auf Accrescens nicht aufhebt [yy]). Gleiches gilt, wenn dieser Theil durch Veräußerung, durch Nichtgebrauch [zz]) oder

yy) Bei einer oberflächlichen Betrachtung scheint aus der l. 4 de usufr. accresc. das Gegentheil hervorzugehen und daher kommt es vielleicht, daß man dies gewöhnlich ohne nähere Begründung zu lehren pflegt. Allein wenn es in jener Stelle am Schlusse heißt, dem accrescire, qui ex nobis capite minutus non fuerat, so bezieht sich das auf den speciellen Fall dieser Stelle, und jene Worte dienen nur dazu, um den von den beiden Legataren zu bezeichnen, welcher nicht ausgefallen ist, und um dessen Portion es sich daher jetzt nicht handelt.

zz) Darauf beruht die Entscheidung Ulpians in der schwierigen l. 10 de usufr. accresc. 7, 2:

Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed

früher auch durch plus petitio bei Einklagung des ganzen Ususfructs, da doch nur erst ein Theil angefallen war, verloren ging[a2]). Dahin gehört auch, daß in den Fällen, wo neben dem Legat des Ususfructs das Eigenthum an der belasteten Sache unbeschänkt legirt war, und daher eine Theilung der Nutznießung zwischen den zum Ususfruct und den zum Eigenthum Berufenen eintrat, den Letzteren die freiwerdende Nutznießung auch dann noch anfallen soll, wenn sie das legirte Eigenthum mit dem seither damit verbundenen Theil der Nutznießung schon längst veräußert haben[b2]), so daß sie jetzt die Servitut des Ususfructs erwerben, während sich, falls sie nicht veräußert hätten, nur ihr Eigenthum consolidirt hätte. Diese Regeln dürfen nun aber nicht dahin führen, daß einer der Legatare den Theil, der ihm früher schon angefallen war, den er aber aus irgend einem Grunde verlor, und der daher damals seinem Collegatar accrescirte, jetzt, nachdem dieser seinen Ususfruct verloren hat, wieder zurück erhält, vielmehr werden ihm nur die Bestandtheile desselben deferirt, für welche der dies cedens seither ihm gegenüber noch nicht eingetreten ist, während die ihm schon einmal deferirten und dann verlorenen Bestandtheile den andern coniuncti zufallen, oder falls

---

ammittenti accrescit; nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis, ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus.

Es wird hier vorausgesetzt, daß einer von zwei re coniuncti seinen Antheil am Ususfruct einem fictus possessor gegenüber geltend gemacht, aber während des Processes in Folge von Nichtgebrauch verloren hat. Wenn nun der Collegatar ausfällt, entsteht die Frage, ob der fictus possessor nur zum Ersatz jenes verlorenen Antheils verpflichtet ist, oder ob er auch den Theil ersetzen muß, der erst jetzt dem Kläger deferirt ist. Der Jurist entscheidet dahin, daß er diesen Theil nicht zu ersetzen brauche, weil der Umstand, daß er den andern Theil in Folge des Processes verloren habe, für den Erwerb dieses Theils ohne Einfluß bleibe.

a[2]) L. 33 § 1 de usufr. 7, 1; L. 14 § 1 de exc. rei iudic. 44, 2.

b[2]) L. 5 de usufr. accresc. 7, 2.

keine solche mehr vorhanden sind, mit dem Eigenthum consolidiren[c2]). Waren also A, B und C berufen, und A erlitt eine capitis deminutio, so accrescirt sein Theil dem B und C, von denen jetzt jeder $\frac{1}{2}$ hat. Stirbt B darauf, so erhält A nur die Hälfte des ursprünglichen Theils des B, also $\frac{1}{6}$, C dagegen erwirbt auch diese Hälfte, aber außerdem den ganzen Antheil, den B von der Portion des A erhielt, also $\frac{1}{3}$, was in Verbindung mit seiner schon früher successiv erhaltenen Portion $\frac{5}{6}$ ausmacht.

Das Accrescensrecht wird geltend gemacht durch die confessorische Klage, die jedoch voraussetzt, daß die usufructuarische Caution auch rücksichtlich des anwachsenden Theils dem Eigenthümer bestellt, oder doch angeboten ist[d2]).

§. 67.

Entstehung durch richterliches Urtheil.

Daß in den drei Theilungsverfahren der Richter einer der Parteien das Eigenthum an der gemeinsamen Sache, beziehungsweise an dem bestrittenen Grenzstück zusprechen könne, und daß dieser in einem iudicium legitimum geschehene Ausspruch unmittelbar civiles Eigenthum an jeder Art von Sachen erzeuge, gehörte sicherlich zu den älteren Sätzen des römischen Rechts[a]). Wie aber bei der Theilung von Grundstücken, falls diese dem wahren Interesse der Theilhaber entsprechen sollte, das Bedürfniß frühe zu Wege- und Wasserleitungsservituten führen mußte, haben wir schon in der Einleitung (§ 1) dargestellt; frühe wird daher auch dem Richter die Befugniß zugestanden sein, solche Servituten zu errichten, und dadurch war der Anstoß gegeben, um die Servitutbestellung zu einem der Mittel zu machen, welche der Richter zur Ausgleichung der jedem zugetheilten Portion benutzen konnte. In wie weit sich dasselbe als zweckmäßig empfiehlt, wird in jedem Falle nach der besondern Sachlage beurtheilt werden müssen; die Römer scheinen aber im Ganzen

---

c²) L. 3 § 2 quib. mod. ususfr. 7, 2.

d²) Ueber das Accrescensrecht beim Legat einer habitatio s. § 60 S. 637.

a) Ulp. fragm. XIX § 16.

geneigter zur Benutzung desselben gewesen zu sein, als wie wir es sind, und so wird namentlich wiederholt davon gesprochen, wie der Richter dem Einen den Usufruct an der fraglichen Sache, dem Andern das Eigenthum daran zusprechen könne[b]), — ein Verfahren, das unserm Billigkeitsgefühle bei der großen Unbestimmtheit des Werths des Usufructs wenig entspricht. Die adjudicirte Servitut gilt als entstanden, sobald das Urtheil rechtskräftig geworden ist[c]); nachträgliche Adjudication einer Servitut, nachdem das Urtheil in Kraft getreten ist, welches das Eigenthum unbeschränkt zugesprochen hat, ist nicht möglich[d]). Doch nur an den Sachen, welche in dem erhobenen Verfahren getheilt werden sollen, kann der Richter Servituten bestellen; sonstige Sachen, die im Sondereigenthum einer der Parteien stehen, sind seiner Machtvollkommenheit entzogen, und deßhalb kann er sogar zu Gunsten solcher Sachen keine Servituten an den Theilungsobjecten herstellen[e]), weil ihm die Befugniß fehlt, die Servitut mit der herrschenden Sache zu verbinden (vgl. § 63 S. 694). Doch kann er dahin wirken, wenn er es auch nicht direct erzwingen kann, daß sich der Eine der Interessenten persönlich verpflichtet, dem Andern an seiner Sondersache, oder falls ihm das Theilungsobject zugesprochen würde, an dieser zu Gunsten einer Sondersache des andern Interessenten eine Servitut zu bestellen. Während im alten Rechte ein iudicium legitimum nöthig gewesen sein wird, um mit allem Erfolg zu adjudiciren[f]), so schützte doch der Prätor später auch die in einem iudicium imperio continens auferlegten Servituten[g]), und nachdem dem Emphyteuten die Befugniß zur Servituterrichtung zugestanden war, mußte auch da, wo ein emphyteutisches Grundstück Gegenstand des Theilungsverfahrens war, der Richter mit demselben Erfolge Servituten auflegen können,

---

b) L. 6 de usufr. 7, 1; l. 16 § 1 fam. hercisc. 10, 2. Vat. fragm. § 47.

c) § 7 J. de off. iudicis IV, 17.

d) L. 22 § 3 fam. hercisc. 10, 2.

e) L. 18 comm. divid. 10, 3.

f) Vat. fragm. § 47.

g) Darauf bezieht sich wohl die l. 44 fam. hercisc. 10, 2.

wie wenn sie ein alleiniger Innehaber dieser Emphyteusis auferlegt hätte[h]).

Man hat häufig mit dieser Entstehungsart die verwechselt, wo unmittelbar das Gesetz servitutartige Rechte erzeugt, und wo daher Ulpians Ausspruch in l. 8 § 4 si serv. vind. 8, 5 völlig Anwendung findet: per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est, declarari.

h) L. 7 § 1 comm. divid. 10, 3.

Zweites Kapitel.

Originärer Erwerb der Servituten.

§. 68.

Entstehung durch langjährige Ausübung.

Wie das ältere Recht bis zur lex Scribonia eine usucapio servitutum gekannt haben soll, und wie diese wahrscheinlich beschaffen gewesen ist, haben wir schon oben bei Darstellung der Geschichte des Quasibesitzes (§ 62 S. 651) ausgeführt. Ohne irgend welchen historischen Zusammenhang mit dieser Usucapion hat sich viel später eine neue Servitutersitzung gebildet, von der wir erst im letzten Stadium der klassischen Jurisprudenz die ersten Spuren erkennen können[a]), und über die uns die Quellen nur sehr unvollkommen unterrichten, so daß wir hinsichtlich ihrer Geschichte nur vermuthen können, und die einzelnen Lehrsätze meistens nur durch Analogieen aufzufinden vermögen. Da sie keine servitus iure imposita erzeugte[b]), so ist sie nicht etwa durch ein Gesetz erschaffen, sondern wird ein Product des prätorischen Rechts sein, und dies, so wie der Umstand, daß auch die andern Wirkungen des Servitutenbesitzes durch analoge Verwendung der Rechtssätze vom Eigenthum und vom Sachbesitz

---

a) Paulus deutet sie in l. 28 de S. P. U. 8, 2 an; vielleicht bezieht sich auch die l. 20 pr. de S. P. U. 8, 2 darauf. (s. o. § 62 S. 655); Ulpian erwähnt sie in l. 10 si serv. vind. 8, 5, in l. 1 § 23 de aq. pluv. arc. 39, 3 und in l. 5 § 3 de itin. actuque priv. 43, 19. Außerdem erkennt sie der Kaiser Antonin in l. 1 und l. 2 C. de serv. 3, 34 an.

b) L. 5 § 3 de itin. act. priv. 43, 19.

eingeführt wurden, legt schon die Vermuthung nahe, daß sie mit der prätorischen Eigenthumsersitzung, der longi temporis praescriptio, in einer historischen und zugleich in einer inhaltlichen Verwandschaft stehe. Das wird bestätigt durch Antonin's l. 2 C. de serv., in welcher er von einer geschehenen Servituterſitzung spricht mit den Worten: servitutem *exemplo rerum immobilium* tempore quaesiisti, wie er denn auch in der l. 1 C. daselbst sagt: is, qui iudex erit, *longi temporis* consuetudinem vicem servitutis obtinere, sciet. Aehnlich sagt auch Ulpian in l. 5 § 3 de itin. actuq. 43, 19 von dem, welcher die Servitut lange (diu) brauchte: habeat velut *longae possessionis* praerogativam. Ob nun auch diese Servituterſitzung, ebenso wie die longi temporis praescriptio zunächst nur als Extinctivverjährung der dinglichen Klage hervortrat und dann erst durch eine selbständige Klage geschützt wurde, oder ob sie hier sofort als Acquisitivverjährung auftrat, das vermögen wir bei der Dürftigkeit unserer Quellen nicht mehr zu erkennen, und wir können eben nur die Thatsache constatiren, daß schon zu Ulpians Zeiten die confessorische Klage als actio utilis durch die Ersitzung begründet werden konnte[c]). Man hat freilich die nahe Verwandschaft zwischen der longi temporis praescriptio beim Eigenthum und zwischen dieser Servitutenersitzung mannigfach in Abrede gestellt, und so ist namentlich behauptet worden[d]), wir seien für letztere nicht zu der Annahme berechtigt, daß die Ersitzungszeit ebenfalls zehn Jahre unter Anwesenden, zwanzig unter Abwesenden betrage, indem nirgends in den von der Servituterſitzung handelnden Stellen diese Zeitfristen angegeben würden, vielmehr meistens nur von einem diuturnus usus oder einem diu uti die Rede sei, und die auch vorkommenden Ausdrücke longa possessio und longa consuetudo keinen genügenden Anhalt zu geben vermöchten; es komme auch sonst vor, daß an den Ablauf eines longum tempus rechtliche Folgen geknüpft seien, und daß der Umfang desselben doch erst vom Richter nach Maßgabe des einzelnen Falles zu ermitteln sei. Allein es ist mit Recht hiergegen auch schon, namentlich von

---

c) L. 10 si serv. vind. 8, 5.

d) Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtl. Untersf. Nr. 5; P. L. Kritz, Abhandlungen über auserwählte Materien des Civilr. S. 172 ff.

Unterholzner (ausführliche Verjährungslehre Bd. II § 199) geltend gemacht, wie in allen Fällen der letztern Art innere Kriterien vorhanden sind, nach denen der Richter die Zeit bemessen kann, welche der Idee der betreffenden Institute entspricht, wie aber hier jeder Anhalt fehlen und das Institut der Verjährung, welches grade dazu dienen soll, Processe abzuschneiden und Rechtssicherheit zu schaffen, der unbegrenzten Willkühr des Richters und deßhalb allen Zweifeln und Unsicherheiten über den Inhalt des Rechts den weitesten Spielraum bieten würde. Wenn **Ulpian** in l. 10 si serv. vind. zur Begründung der Klage auf Grund einer Ersitzung den Beweis fordert: per annos forte tot usum se . . . . possedisse, so erklärt sich die unbestimmte Angabe über die Länge der Frist daraus, daß diese wirklich verschieden war, je nachdem die Parteien anwesend oder abwesend waren, und daß sich daher eine solche kürzere Bezeichnung empfehlen konnte, und die Benennung der Verjährungszeit als id spatium in l. 2 C. de serv. deutet auch gradezu auf ein für allemal gegebene Grenze derselben. Für diese, so wie auch dafür, daß zwischen Anwesenden und Abwesenden unterschieden wurde, lassen sich auch noch die Schlußworte von **Justinians** l. 12 C. de praescr. longi temp. 7, 33 benutzen, in welcher er die Begriffe von praesens und absens für die longi temporis praescriptio näher normirt, und dann fortfährt: § 4. Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes. Er hat allerdings in l. 13 C. de serv. 3, 33 für die Extinctivverjährung der Servituten in Folge von Nichtgebrauch auch die Fristen von zehn und zwanzig Jahren eingeführt, und es wäre daher möglich, daß er in dem § 4 der l. 12 nur hieran denkt; allein es ist einmal ungewiß, ob diese Constitution, deren Datum uns nicht erhalten ist, jünger wie die l. 13 de serv. ist, und dann würde **Justinian** seiner sonstigen Art und Weise gemäß gewiß nicht unterlassen haben, seine Aenderung der Verjährungsfristen mit lobenden Worten hervorzuheben, wenn er nur allein diese seine Schöpfung im Sinne gehabt hätte, und ihm nicht vorzugsweise die Acquisitivverjährung der Servituten, die doch wohl nur als longi temporis praescriptio bezeichnet wurde, im Sinne gelegen hätte. Nach allem diesem können wir nicht anstehen, mit der von jeher herrschenden

Meinung anzunehmen, daß die Servitutenersitzung an bestimmte Zeitfristen geknüpft ist, und werden dann, da wir von keiner andern Normirung derselben wissen, die zehn Jahre gegenüber von Anwesenden, die zwanzig gegenüber von Abwesenden aus der Lehre vom Eigenthum herübernehmen müssen[e]). Nach Analogie der longi temporis praescriptio wird dann auch eine accessio possessionis eintreten, und jeder Besitzer sich auf die Ausübung seines Vorgängers, wenn nur keine Unterbrechung im Besitz stattgefunden hat, berufen können.

Eine zweite mehr bestrittene Frage ist die, ob zur Servitutersitzung bona fides der Ersitzenden oder gar ein iustus titulus erforderlich sei, oder ob es genüge, daß die einzelnen Ausübungshandlungen nec vi, nec clam, nec precario vorgenommen seien. Nur in einer Beziehung läßt sich unsers Erachtens ein positives Resultat unmittelbar aus den Quellenstellen entnehmen, welche von dieser Ersitzung handeln; die Kardinalstelle für diese Lehre, die l. 10 si serv. vind. 8, 5[f]) erklärt nämlich ausdrücklich, daß, wer sich auf eine Servitut berufe, keinen Titel für die Entstehung derselben anzugeben brauche. Man hat freilich auch dies nicht zugestehen wollen und die Worte non est ei u. s. w. übersetzt durch: „er braucht nicht nachzuweisen, durch welches Recht das Wasser ihm gegeben wurde[g])“,

e) Allerdings kann dies solchen Servituten gegenüber, die nur in langen Zwischenräumen ausgeübt werden, sehr bedenklich erscheinen, indem diese dann vielleicht schon durch zwei oder drei Ausübungshandlungen erworben werden können, — allein grade bei ihnen wird nach dem, was wir oben (§ 62 S. 681) zur Lehre vom Quasibesitz ausführten, die einzelne Ausübungshandlung durchaus nicht immer qualificirt sein, um die Ueberzeugung vom animus possidendi des Ausübenden hervorzurufen, und grade in den Fällen, wo dies dennoch der Fall ist, wird es auch nicht unbillig sein, wenn schon so wenige Handlungen zur Begründung der Servitut genügen.

f) Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, *non est ei necesse, docere de iure*, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo; sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

g) Muther, die Ersitzung der Servituten S. 22.

so daß darnach dieser erste Theil der Stelle ziemlich nichts sagend sein und sich durchaus im Kreise drehen soll. Das spricht schon gegen diese Auffassung, noch mehr aber die Ausdrucksweise, indem docere de iure da, wo es unsers Wissens sonst noch im Corpus Juris vorkommt[h]), durchaus nicht „sein Recht beweisen", sondern vielmehr entsprechend dem sonstigen Gebrauch des Worts docere „den Richter von seinem Recht in Kenntniß setzen" heißt, und also, da wir ihm für die l. 10 eine ähnliche Bedeutung unterlegen müssen, dort nur bestimmt wird, zur Ersitzung sei nicht nöthig, daß man einen Rechtsgrund für den Erwerb der Servitut angebe. Demnach wird man gewiß berechtigt sein, mit der bei Weitem überwiegenden Anzahl unserer Juristen das Erforderniß eines Ersitzungstitels durchaus zu leugnen.

Ob dagegen bona fides erforderlich sei, oder nicht, das wird nirgends ausdrücklich entschieden, und man hat sich in dieser Beziehung nur mit Unrecht auf die l. 12 § 4 C. de praescr. 7, 33 berufen, um völlige Uebereinstimmung zwischen der longi temporis praescriptio des Eigenthums und dieser Servituterſitzung nachzuweisen, indem diese Stelle, wenn sie, wie auch wir glauben (S. 739) von letzterer spricht, doch nur hinsichtlich eines einzigen Punktes, hinsichtlich der Begriffe von Anwesenheit und Abwesenheit, eine gänzliche Gleichheit mit jener anerkennt. Ebenso läßt sich aus der l. 2 C. de serv. 3, 33 nicht erweisen, daß bona fides, wie bei der Eigenthumsersitzung, gefordert werde; denn wenn der Kaiser dort sagt: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, *servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti*, so kann er damit nur überhaupt die Ersitzungsmöglichkeit von Servituten haben anerkennen wollen, und der Umstand, daß grade in dieser Stelle das Erforderniß nicht hervorgehoben wird, welches zwar auch bei der Eigenthumsersitzung nöthig ist, welches aber hier um der Besonderheiten des Servitutenbesitzes willen eine andere Bedeutung erhält

---

h) L. 16 qui pot. in pign. 20, 4 — quum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat etc. — L. 7 de aq. quot. 43, 20. — cautio praestanda est, quamdiu quis de iure suo doceat, non se impediturum.

und darum in andern Stellen als Eigenthümlichkeit der Servituten-ersitzung mit Nachdruck geltend gemacht wird, deutet auch darauf hin, daß der Kaiser bei jener l. 2 nicht an alle die einzelnen Erfordernisse beider Ersitzungen gedacht und für sie alle eine vollständige Uebereinstimmung bei beiden hat aussprechen wollen [i]). Wohl aber läßt sich die eben erwähnte übereinstimmende Hervorhebung eines Requisits in mehreren hierher gehörigen Stellen dazu benutzen, um

i) Das „eo sciente" in dem Bedingungssatze dieser Stelle hat man benutzen wollen, um ein eigenthümliches neues Requisit für diese Verjährung aufzustellen; es soll nämlich nicht genügen, daß die Ausübungshandlung den Charakter einer allgemein erkennbaren (non clam facta) habe, sondern es soll auf Grund dieses Rescripts auch erforderlich sein, daß der Eigenthümer der Sache, welche belastet werden soll, Kenntniß von der Ausübung erhalten habe. Hätte die l. 2 von vorneherein den Charakter einer lex edictalis gehabt, so würde man allerdings die Beifügung der obigen Worte nicht für zufällig halten können, und würde die erwähnte Folgerung daraus machen müssen. Bei dem bekannten Charakter der Coderrescripte bleibt aber immer noch die Möglichkeit offen, daß sich Elemente des einzelnen entschiedenen Falles und der vorausgegangenen Anfrage auch in der jetzigen Fassung erhalten haben, und daß das hier der Fall ist, wird dadurch wahrscheinlich, daß nirgends sonst bei Acquisitivverjährungen auf die Wissenschaft dessen, der verliert, Gewicht gelegt wird und demnach dieser Satz hier eine ganz vereinzelte Erscheinung im Rechte wäre, und ferner dadurch, daß dann die oben gefundene Verschiedenheit der Verjährungsfrist, je nachdem der Verlierende anwesend oder abwesend ist, eigentlich ohne einen recht genügenden Grund wäre, da den Abwesenden schon die fragliche Regel hinlänglich sicherte, und er eines so exorbitanten Schutzes, wie ihn die Verdoppelung der Verjährungszeit gewährt, nicht mehr bedurft hätte. In Justinians l. 12 C. de praescr. long. temp., deren Bestimmungen über Abwesenheit und Anwesenheit der § 4, wie wir schon oben (S. 739) sagten, wahrscheinlich auch auf die Servitutenersitzung ausdehnt, wird demgemäß auch nach Ablauf der Ersitzungsfristen jede Untersuchung über das Wissen des Verlierenden ausdrücklich untersagt, und dieses Gesetz widerlegt denn auch schon die Ansichten derer, welche es als möglich anerkennen, daß das „eo sciente" sich ursprünglich nur auf den bestimmten Fall, welcher Antonins Entscheidung hervorrief, bezogen habe, daß aber durch Aufnahme derselben in das Corpus Juris Justinian seinen Willen kund gethan habe, in dieser Beziehung eine neue Forderung an die Ersitzung zu machen — eine Argumentation, die dem Corpus Juris gegenüber immer ihre großen Bedenken hat.

wenigstens einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit dafür zu erreichen, daß die bona fides nicht gefordert wurde. Wiederholt und mit besonderem Nachdruck wird nämlich der Satz aufgestellt, daß wer eine Servitut durch Ersitzung in Anspruch nehmen wolle, nachweisen müsse, wie er sie nec vi, nec clam, nec precario geübt habe[k]). Wir haben schon oben in der Lehre vom Quasibesitz (§ 62 S. 685) angedeutet, wie sich die besondere Hervorhebung dieses Verbots der vitia possessionis durch die eigene Bedeutung rechtfertige, welche dasselbe für die Ersitzung solcher Servituten gewinne, die durch einzelne von einander unabhängige und selbständige Handlungen ausgeübt werden, indem es da nicht genügen kann, daß die Vitiosität, wie beim Besitz körperlicher Sachen, nur in dem Augenblick nicht vorhanden ist, wo der Quasibesitz beginnt, sondern dieser auch nachträglich zu einem fehlerhaften werden muß, sobald die spätere Ausübungshandlung, welche ganz selbständig und unabhängig von den früheren den Zweck der Servitut erreichen soll, nur vi, clam oder precario vorgenommen werden kann. Deßhalb wird jene Regel auf diesem Gebiete mehr zu Tage treten und häufiger die Ersitzung derartiger Servituten verhindern, und es ist daher gewiß nicht zufällig, daß jene Stellen sie grade bei Gelegenheit von Wege- und Wassergerechtigkeiten, also solcher Servituten, die vorzugsweise durch derartige einzelne Handlungen ausgeübt werden, hervorzuheben für nöthig finden.

Benutzen wir diese Grundsätze über die Fehlerhaftigkeit des Servitutenbesitzes für unsere Frage in Betreff der bona fides, und supponiren versuchsweise einmal, daß diese zur Servitutersitzung nöthig gewesen sei, so werden wir zugestehen müssen, daß, wenn der Quasibesitz einer Servitut der bezeichneten Art nachträglich zum vitiösen werden kann, er auch, trotzdem daß er im Anfang gutgläubig war, nachträglich doch zum bösgläubigen muß werden können, und daß es eine Disharmonie des Rechts wäre, wenn auch hier der Satz Geltung hätte: mala fides superveniens non nocet. Bei der Eigenthumsersitzung ward auch in dieser Beziehung die spätere

k) L. 10 si serv. vind.; l. 1 § 23 de aq. pluv. arc.; l. 1 C. de serv..

Ausübung des Besitzes nur als eine Consequenz der in gutem Glauben geschehenen Besitzergreifung aufgefaßt, und ward daher durch eine spätere Sinnesänderung des Besitzers nicht alterirt (es ist, als hätte das Recht auch seinen guten Bürgern den Act der Selbstüberwindung und Demüthigung nicht zutrauen dürfen, daß sie, nachdem sie einmal in gutem Glauben eine Sache erworben hatten, dieselbe nach Erkenntniß ihres Irrthums freiwillig wieder zurückerstatten sollten). Der Umstand aber, daß ich einmal im guten Glauben gegangen bin, konnte ein späteres Gehen, welches gegen besseres Wissen geschah, durchaus nicht weniger unrechtmäßig oder auch nur entschuldbarer machen, und das römische Recht hätte daher, wenn es überhaupt bona fides gefordert hätte, sich auch dem nicht entziehen können, dieselbe für jede selbständige, von den frühern unabhängige Ausübungshandlung zu fordern, und dieses Requisit hätte daher hier eine ähnliche Gestalt annehmen und eine ähnliche Wirksamkeit erreichen müssen, wie das Verbot der Besitzfehler. Daß aber dennoch in keiner der Stellen, die das letztere erwähnen zu müssen glauben, von jenem auch nur die leiseste Spur angedeutet ist, macht es im höchsten Grade wahrscheinlich, daß gar keine bona fides gefordert wurde, sondern daß das non vi, non clam, non precario uti die einzigste Qualification ist, die für den Besitz hier gefordert wird [l]), und in dieser Annahme stimmen wir, wenn es auch immer manche Dissentienten gegeben hat, doch mit der Mehrzahl der Schriftsteller und mit der lange allein herrschenden Meinung überein [m]).

Wie aber soll das Recht, zumal in so später Zeit, in der doch sonst den Grundsätzen der Billigkeit und der Sittlichkeit so vielfach Rechnung getragen wurde, dahin gekommen sein, eine Servitutersitzung ohne Titel und ohne bona fides zuzulassen? Die Härte die aus

l) Wie aber in manchen Fällen der animus possidendi gar nicht erwiesen werden kann, wenn der Ausübende im bösen Glauben handelt, haben wir oben § 62 S. 683 ausgeführt, und dadurch wird auch die praktische Gefährlichkeit der Behauptung des Textes, auf welche von manchen Seiten so nachdrücklich hingewiesen wird, um ein Bedeutendes gemindert.

m) Vergl. die Litteraturnachweisungen in Glücks Commentar Bd. IX S. 140 und in Vangerows Leitfaden Bd. I S. 871.

dieser Bestimmung auf den ersten Anblick hin zu sprechen scheint, mindert sich wesentlich, wenn man das Verbot der vilia possesionis seiner Wirksamkeit nach näher untersucht. An körperlichen Sachen erwirbt man einen gewaltsamen oder heimlichen Besitz, sobald man die Existenz des früheren Besitzes nicht respectirt und dessen Innehaber gegen seinen Willen durch eine gewaltsame oder heimliche That oder durch Bedrohung mit einer solchen ejicirt[n]). Servituten werden daher auch vi oder clam besessen sein, sobald die Ausübung mit einer Verletzung und Nichtachtung eines bereits vorhandenen Besitzes verbunden ist, und wer daher gegen besseres Wissen an einer von einem Andern unbeschränkt besessenen Sache ohne dessen Erlaubniß den Quasibesitz einer Servitut ergreift, ejicirt diesen damit gewaltsam oder heimlich aus der seither besessenen Freiheit und wird daher noch nicht anfangen zu ersitzen; seine Ausübung wird vielmehr erst dann den vitiösen Charakter verlieren, wenn der Besitzer der körperlichen Sache irgendwie zu erkennen giebt, daß er die Freiheit von der Servitut nicht mehr besitzen will; das geschieht z. B., wenn bei einem Besitzwechsel der Besitzergreifende um der Vorrichtungen willen, die er angebracht sieht, oder aus sonstigen Gründen geglaubt hat, daß seine neu erworbene Sache durch eine Servitut beschränkt werde. Dann erst verletzt die Ausübung dieser Servitut nicht mehr einen fremden Besitz. Um des obigen Grundes willen wird gewöhnlich vor dem Beginn der Ausübung ein auf Servitutbestellung gerichtetes Rechtsgeschäft mit dem Besitzer der körperlichen Sache abgeschlossen werden müssen, wenn die vilia possessionis von Anfang an vermieden werden sollen, und so wird dem Resultat nach vielfach ein eben solcher Vorgang erforderlich sein, wie er sonst als Titel bezeichnet wird. Aber allerdings ist dies da nicht nöthig, wo die Sache, an welcher die Servitut angemaßt wird, gänzlich besitzlos ist, oder wo wenigstens die Freiheit von der Servitut nicht besessen wird, und ebenso braucht der, welcher den Quasibesitz erwerben will, in so fern nicht im guten Glauben zu sein, als es nicht nöthig ist, daß er den, mit welchem er contrahirt, wirklich für den zur Servitutbestellung Berechtigten hält, sondern es genügt durchaus, wenn der-

n) L. 1 § 3, § 23, § 29 de. vi 43, 16; l. 11 C. unde vi. 8, 4.

selbe nur den Besitz der körperlichen Sache hat, so daß die von ihm unwiederruflich gestattete Uebung der Servitut keine gewaltsame oder heimliche ist[a]). Es kann also allerdings noch jemand, der in bösem Glauben übt, ersitzen, aber die Fälle sind selten und der böse Glauben wird auch nicht so zu Tage treten, sondern durch die Genehmigung des Besitzers verdeckt werden.

Wie aber kam das Recht dazu, müssen wir dennoch fragen, diese, wenn auch seltenen Fälle, zuzulassen? Bis Justinian seine neue außerordentliche Verjährung schuf, kannte das römische Recht, von den Fällen einer improba usucapio abgesehen, keine Ersitzung, welche nicht bona fides und iustus titulus forderte und es werden daher diese beiden Requisite als zusammengehörig und untrennbar von der römischen Jurisprudenz aufgefaßt sein. Die Analogie sowohl der Usucapion als der longi temporis praescriptio legte es nahe, beide Requisite auch für die Servitutersitzung zu fordern; warum es nicht geschah, können wir mit Sicherheit nicht erkennen, aber höchst wahrscheinlich haben die Schwierigkeiten, welche aus der Forderung eines

---

[a]) Hasse, der im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, 2. Jahrg. S. 417 ff. auch darauf aufmerksam macht, wie die Wirksamkeit des Verbots der vitia possessionis hier einen so viel größern Umfang hat, geht darin zu weit, daß er die Begriffsbestimmung der vis und clandestinitas, wie sie in den Quellen für das interdictum quod vi aut clam gegeben wird, hier angewandt haben will, und deßhalb z. B. eine Servitut schon für eine vi oder clam possessa erklärt, wenn sie ausgeübt wurde, wo Widerstand des Eigenthümers zu erwarten und dennoch seine Einwilligung nicht eingeholt war, mochte diese auch immer von dem gegenwärtigen Besitzer der körperlichen Sache ertheilt sein. Es ist bekannt, wie der Begriff der vis und clandestinitas ganz anders bestimmt wird, rücksichtlich des Interdictums quod vi aut clam, anders rücksichtlich der Interdicte uti possidetis und unde vi; nur die letzteren gehen davon aus, daß der Besitz gewaltsam oder heimlich ergriffen sei, das erstere aber frägt gar nicht darnach, ob Besitz vorhanden und wie der qualificirt sei, sondern ist von ganz andern Kriterien abhängig, die zufällig auch als vis und clandestinitas bezeichnet werden. Will man daher ermitteln, wann Servituten vi oder clam possessae sind, so darf man nicht die letzteren Begriffe benutzen, sondern man muß nach Analogie der Vorschriften verfahren, die feststellen, wann körperliche Sachen vi oder clam possessae sind, und die uns zunächst für die genannten Besitzinterdicte überliefert sind.

Ersitztitels der Servituterſitzung in einem weit höheren Grade entstehen mußten, wie ſie der Eigenthumsersitzung daraus geworden ſind, die Erlaſſung dieſes Requiſits veranlaßt, und ein unbefangener Blick auf die Rechtsanwendung wird das eingehaltene Verfahren in ſo weit nur billig erſcheinen laſſen. Wer ein Grundſtück erwirbt, erwirbt auch alle demſelben zuſtehenden Realſervituten, und daher wäre ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeſchäft durchaus zur Erweckung des Glaubens an den Servitutenerwerb, alſo zum Erſitzungstitel, genügend, wenn man auch zugleich die ſichere Ueberzeugung hätte, daß die Servitut wirklich mit dem erworbenen Grundſtück verbunden iſt; doch dieſe Ueberzeugung würde man in der Weiſe, wie ſie der Geiſt der Uſucapionslehre fordert, nicht anders erlangen können, als wenn man ſich zuverläſſige Kenntniß von der Art und Weiſe verſchafft hätte, wie die Servitut entſtanden iſt. Allerdings iſt für die Eigenthumserſitzung genügend, daß man mit dem, welchen man für den Eigenthümer hält, ein geeignetes Geſchäft abgeſchloſſen hat; allein hier ſteht feſt, daß die Sache, die erſeſſen werden ſoll, beſteht, und daß der Auctor wirklich die Herrſchaft über ſie geübt hat. Wo es ſich aber darum handelt, ob mit dem Eigenthum auch Servituten erworben ſind, da iſt die Exiſtenz der Servituten keineswegs dem Auge ſchon wahrnehmbar, — denn ſelbſt die um ihretwillen vorhandenen Vorrichtungen können ja der Ausfluß eines Precariums ſein, — und es müßte daher das Recht, wenn es überhaupt einen Erſitzungstitel forderte, auch an den, welcher erſitzen will, die Forderung ſtellen, daß er ſich von der rechtsbegründeten Exiſtenz der Servituten vollkommen überzeuge[p]) — eine Forderung, die in Zeiten wo die Errichtungsgeſchäfte nicht in ſchriftlichen Urkunden niedergelegt zu werden pflegen, meiſten Theils nur ſehr ſchwer zu erfüllen ſein wird. Ja ſelbſt die Art und Weiſe, wie die Servitut dem Grundſtück erworben iſt, wird oft genug bei häufigem Beſitzwechſel vergeſſen werden, und ſo leicht ſich das Bewußtſein des

---

p) Dies verkennt durchaus der neueſte Schriftſteller über Servitutenerſitzung, Muther (a. a. O. S. 17 f.), welcher von der Vorausſetzung ausgeht, daß niemand im guten Glauben und doch ohne Titel beſitzen könne, wenn er nicht an groben Verſtandesfehlern leide, wie ſie das Recht nicht ſchützen dürfe.

Erwerbungsaktes für die Eigenthumsersitzung beim Erwerber selbst oder bei seinen Erben die dreißig Jahre hindurch erhalten wird, nach deren Ablauf man sich erst auf die außerordentliche, keines Titels bedürfende Ersitzung berufen kann, so schwer wird es oft sein, zu erfahren, wie und wann das Recht erworben wurde, den Balken in des Nachbars Hause zu immittiren u. s. w. Würde daher ein Titel gefordert, so würde sehr häufig der, welcher das Recht Jahre lang übte, keinen Schutz gegen die negatorische Klage erhalten, und nicht nur der, welcher es bloß übte, sondern auch — und das dürfen wir bei Beurtheilung der Ersitzungsrequisite nie vergessen — der, welcher das Recht wirklich hatte, aber den wahren Entstehungsgrund desselben nicht mehr zu erweisen vermochte. Um dies zu vermeiden, ging hier das Recht von der Forderung eines Titels ab, und bei der seitherigen engen Verbindung von Titel und bona fides ließ es, wie es scheint, auch zugleich die letztere fallen und sah in dem Verbot des vitiösen Besitzes und in den Schwierigkeiten, den Besitz überhaupt zu erweisen, einen genügenden Schutz gegen Mißbrauch der Servitutersitzung.

Eine dritte Streitfrage, die sich an die eben besprochene anknüpft, dreht sich darum, ob der Ersitzende den negativen Beweis führen müsse, daß er nec vi, nec clam, nec precario geübt habe. Es liegt auf der Hand, wie unendlich schwer dieser Beweis wäre, und wie er wohl nie anders geführt werden könnte, als daß über eine ganz allgemein gehaltene Behauptung der Eid zugeschoben würde, — ein Verfahren, wie es doch das Recht mit allen Mitteln zu vermeiden suchen muß — und ferner läßt sich nicht verkennen, wie eine derartige Beweisregulirung eine durchaus singuläre wäre, indem der Satz, daß die Besitzfehler die Ersitzung ausschließen, der Servitutenersitzung mit der Eigenthumsersitzung gemein ist, und rücksichtlich der letztern doch immer für Abwesenheit der Fehler vermuthet wird, bis sie vom Gegner erwiesen werden. Nichts desto weniger will man in einer gewiß unbegründeten Furcht vor einem gefährlichen Mißbrauch der Servitutenersitzung den Satz aufstellen, daß der Ersitzende die Abwesenheit der Fehler beweisen müsse, und beruft sich dabei auf den Ausspruch **Ulpians** in l. 10 si serv. vind. 8, 5, wo es heißt: utilem habet actionem, ut ostendat, per annos tot usum se non vi, non

clam non precario possedisse. Allein, wie so häufig, mag auch hier der Jurist die Scheidung der Klagthatsachen und der Einreden unterlassen haben, und selbst, wenn man das nicht zugestehen will, lassen doch die Worte die Auffassung zu, daß der Kläger seine Ausübung nachweisen und so nachweisen müsse, daß aus dem von ihm Angeführten nicht alsbald die vitia possessionis erhellen. Denn das vi, clam oder precario uti wird nicht alsbald unmittelbar zum Gegenstand des Beweises gemacht werden dürfen, sondern es ist Sache des Richters, aus den von den Parteien beigebrachten Thatsachen auf das Vorhandensein eines Besitzfehlers zu schließen. Solche Thatsachen beizubringen, liegt im Interesse dessen, der die Ersitzung bestreitet, — wenn aber schon der angebliche Ersitzer selbst solche mittheilt und eingesteht, so ist er dessen überhoben. Das nur wird jene l. 10 haben sagen wollen, und um eine abweichende, singuläre Regel aufzustellen, hätte sie gewiß eine präcisere und weniger zweifelhafte Form gewählt.

Als letzte Voraussetzung der Servituterfitzung müssen wir noch anführen, daß dieselbe nicht durch etwa vorhandene Veräußerungsverbote ausgeschlossen sein darf, indem die Entstehung einer Servitut immer mit einer theilweisen Veräußerung der belasteten Sache verbunden ist, und daher auch unter ein allgemeines Veräußerungsverbot fallen muß[q]), und ferner darf die zu belastende Sache auch nicht der longi temporis praescriptio entzogen gewesen sein, indem damit auch unsere Servituterfitzung vermöge ihres Charakters als longi temporis praescriptio ausgeschlossen sein wird. Dagegen wird aber an solchen Sachen die außerordentliche Verjährung von 30 und 40 Jahren auch Servituten zu schaffen vermögen, da sonst eine Lücke im Rechte bestünde, welche mit dem sonst überall eingehaltenen System der Verjährung auf das Stärkste contrastirte[r]). Außerdem ist aber für eine außerordentliche Verjährung der Servituten kein Raum mehr, da ja auch die ordentliche keines Titels und selbst keiner bona fides bedarf, das Verbot des vitiösen Besitzes aber auch für die außerordentliche gelten müßte. Die unvordenk-

q) L. 28 de V. S. 50, 16; l. 7 C. de reb. alien. non alien. 4, 51.
r) Ueber einzelne entgegenstehende Ansichten siehe Muther a. a. O. § 12.

liche Verjährung endlich, die ja ebenfalls eine fehlerlose Ausübung verlangt, kann nur in jenen Fällen in Frage kommen, wo die ordentliche und außerordentliche Ersitzung eines allgemeinen Veräußerungsverbots wegen außer Anwendung bleibt[s]), und auch hier ist sie in einer Reihe von Fällen ihrer Eigenthümlichkeit wegen unanwendbar, indem z. B. am fundus dotalis, an legirten Sachen, an res litigiosae nicht leicht durch Unvordenklichkeit Servituten entstehen werden. Ihr bleiben schließlich nur die res extra commercium, und die die daran entstehenden Rechte gehören der römischen Auffassung nach nicht mehr den eigentlichen civilen Servituten an, wie wir früher (im § 30 S. 267) darstellten, wo wir auch schon die unvordenkliche Verjährung in ihrer Anwendung auf diese Rechte besprachen (S. 244)[t]).

Um unseren seitherigen zum Theil in diesem Paragraphen, zum Theil früher bei Darstellung der Lehre von der Quasipossession ge-

---

s) Jahrhunderte lang haben ihr unsere Juristen eine viel weitere Anwendung zugestanden, indem sie jene Stellen, welche von dem Verbot der ältesten Usucapion von Servituten, so wie die, welche von der Unmöglichkeit eines Servitutenbesitzes redeten, wie namentlich die l. 14 de serv. 8, 1 des Paulus, nur dadurch mit den andern Stellen, welche die Ersitzung anerkannten, in Uebereinstimmung bringen zu können vermeinten, daß sie die letztern nur von den serv. continuae, die erstern von serv. discontinuae verstanden. Diese Ansicht, die wir durch unsere seitherige Darstellung genügend widerlegt zu haben hoffen, und die auch in der Wissenschaft kaum noch Vertreter findet, hat aber dadurch besondere Bedeutung erhalten, daß sie sich an manchen Orten gewohnheitsrechtlich fixirt hat.

t) Da also die serv. aquaeductus durch zehn- oder zwanzig- und höchstens durch dreißig- oder vierzigjährige Verjährung entsteht (wie z. B. auch l. 10 pr. si serv. vind. 8, 5 anerkennt), so wird die l. 3 § 4 de aq. quot. 43, 20 (Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur) sich nicht auf diese serv. aquaeductus beziehen, sondern, wofür ohnehin auch der Zusammenhang dieser Stelle spricht, auf das Recht der Privaten, aus der öffentlichen Wasserleitung Wasser abzuleiten, und fällt also unter die im Text erwähnten Fälle, und gleiches wird von l. 26 de aq. pluv. 39, 3 gelten müssen, wenn wirklich der Ausdruck vetustas auf die unvordenkliche Zeit geht. Vgl. von Savigny, System Bd. IV, S. 491 und über letztere Stelle auch A. Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit, Marburg 1843. Thl. I, S. 60.

fundenen Resultate übersichtlich zusammen zu fassen, wollen wir schließlich eine Tabelle der Beweisthemata aufstellen, wie sie in einem Proceß, wo die Ersitzung bestritten wird, jedem Theile auferlegt werden können.

Beweisthemata,

für den, welcher die Ersitzung beansprucht.	für den, welcher sie bestreitet.
1) Ich habe den Quasibesitz der Servitut innerhalb 10 oder 20 (30 oder 40) Jahre gehabt und zwar	1) Dein Quasibesitz ging verloren, beziehungsweise ist nie entstanden, denn
a) die factische Herrschaft (corpus), indem ich die Servitut beim Beginn der Ersitzungszeit ausübte.	a) * trat ein Verhältniß ein, welches die regelrechte Ausübung innerhalb der Verjährungszeit unmöglich machte.
b) den Willen zu besitzen (animus) geäußert, indem ich ein auf Servituterrichtung zielendes Geschäft abschloß, oder Vorrichtungen herstellte, die einen lang andauernden Zustand bezweckten, oder die einzelnen Ausübungshandlungen oft wiederholt vornahm.	b) * aus den angeführten Thatsachen kann der Besitzwillen nicht erhellen, denn das Geschäft war nicht ernstlich gemeint, * die Vorrichtung stelltest du in meinem Auftrage und zu meinem Vortheil oder aus ähnlichen Gründen her, * jede der einzelnen Handlungen geschah um besonderer exceptioneller Zustände, z. B. seltener Ueberschwemmungen willen, * die einzelnen selbständigen Handlungen geschahen mala fide, wie aus den und den Umständen hervorgeht.
c) * Den Willen zu besitzen, gab ich nicht auf, denn das auf Aufgabe der Servitut gerichtete Geschäft war nicht ernstlich gemeint, * daß ich so lange keine Ausübungshandlung vornahm, war Folge der und der Umstände, die mich an der Uebung der Servitut verhinderten.	c) Du hast während der Verjährungszeit den Besitzwillen aufgegeben, da du ein dahin zielendes Geschäft abschlossest, du lange Zeit keine Ausübungshandlung vornahmst.
2) * Die Besitzfehler sind vor Beginn der Verjährungszeit gehoben, indem der Besitzer der körperlichen Sache den Servitutbesitz irgendwie anerkannte.	2) Dein Besitz war fehlerhaft, denn du hattest ihn von Anfang an nur durch ein Precarium, du hattest ohne Beachtung des seitherigen Freiheitsbesitzes dir die Servitut angemaßt, du hast die einzelnen Ausübungshandlungen heimlich vorgenommen.
3) * Die Veräußerungsunfähigkeit hatte vor der Verjährungszeit aufgehört.	3) Die angeblich dienende Sache war veräußerungsunfähig.

Anm. Der Beweis der mit * bezeichneten Sätze ist nur nöthig, falls die jedesmal gegenüberstehenden Sätze erwiesen sind.

§. 69.
Entstehung der Servituten durch Occupation.

Wie Servituten auch an herrenlosen Sachen vorkommen können, und wie namentlich eine bestehende Servitut nicht durch Dereliction des Eigenthums an der dienenden Sache aufgehoben werden darf, darauf haben wir schon früher [§ 4 S. 29] hinweisen müssen[a]). Darum aber auch solchen Sachen gegenüber eine Occupation von Servituten zuzulassen, das werden Manche für ungerechtfertigt halten, und vielleicht dagegen anführen, wie der Act der Servitutbestellung immer in der Weise eine Disposition über die Sache enthalte, daß daraus eine Anmaßung des Eigenthums hervorleuchte, und wenn daher der Occupant Eigenthum erwerbe, und wäre es auch nur ein

---

a) Es war unrichtig, wenn wir dort diesen Satz als unbestreitbar hinstellen zu können vermeinten, denn inzwischen ist derselbe von J. E. Kuntze in einer Recension des ersten Hefts dieses Werks (Heidelb. krit. Ztschr. für die gesam. R. W. Bd. II, S. 232) bestritten, und dagegen behauptet, eine Servitut an einer res nullius könne weder überhaupt juristisch construirt werden, noch ließe sich irgend ein praktisches Bedürfniß für dieselbe anführen. Also — ich habe einen Ususfruct an einem Pferde, welches sich noch in dem Gewahrsam seines Eigenthümers befindet; dieser, den ja kein Rechtsgrund abhält, derelinquirt sein Eigenthum und macht dadurch sein Pferd zur res nullius, bis ein Dritter, vielleicht ein guter Freund, der sich (nicht ganz zufällig) in der Nähe befindet, dasselbe wieder occupirt hat, und gegen ihn tritt nun der Usufructuar mit seiner confessorischen Klage auf Anerkennung seines Ususfructs auf. Herr Dr. Kuntze wird ihn zurückweisen, denn das Pferd war in einem Moment res nullius und damit muß der Ususfruct erloschen sein, weil eine Servitut an einer res nullius nicht civilistisch construirt werden kann. Aehnliche Fälle und auch solche, wo keinerlei Arglist mit wirkt, lassen sich noch zahlreich denken und werden genügendes Zeugniß dafür ablegen, daß das dringendste praktische Bedürfniß und, was eben so wichtig ist, die den Servituten, als dinglichen Rechten, zu Grunde liegende Rechtsidee fordert, daß Servituten auch an res nullius fortdauern müssen. Daß wir Civilisten nun auch im Stande sind, dies in der Construction unsers Begriffes zu berücksichtigen und nicht jenes unpraktische Ding als Servitut hinstellen, welches jeder Eigenthümer der dienenden Sache durch Dereliction vernichten kann, das wird das praktische Leben mit Recht von uns fordern und, wenn wir es nicht vermögen, uns und unsere Weisheit mit Recht als unpraktisch verwerfen.

vorübergehendes, so könne er nicht zu eigenen Gunsten eine Servitut an eigener Sache bestellen, und folglich wäre jener Occupationsakt, so weit darin eine Servituterrichtung liegen solle, durchaus wirkungslos. Es liegt auf der Hand, wie leicht jemand dennoch, wenn er einmal den bestimmten Willen hätte, nur eine Servitut an einer herrenlosen Sache, nicht auch das Eigenthum zu erwerben, meisten Theils diesen Zweck erreichen könnte, — er brauchte nur durch einen Dritten den Eigenthumserwerb vornehmen und sich dann von diesem die Servitut bestellen zu lassen, worauf es dem Dritten unbenommen wäre, sein Eigenthum wieder zu derelinquiren, und nur für die Errichtung von Servituten am Meer oder Meeresufer wäre das ein etwas umständliches Verfahren, weil der Dritte, um dem Recht und seiner Unbeholfenheit genug zu thun, ein Bauwerk aufführen müßte, wie es ihm erst das Eigenthum zu verschaffen vermag. Allein die obige Argumentation wäre auch durchaus unrichtig; denn durch Occupation wird niemals Eigenthum erworben, wenn nicht der bestimmte Wille vorhanden ist, solches zu erwerben, und ohne diesen kann die Vornahme einzelner Nutzungshandlungen oder Veränderungen, und wenn sie die Sache noch so sehr umgestalten, kein Eigenthum erzeugen, sondern sie erscheinen nur als Ausflüsse der jedem zustehenden Befugniß, nach Belieben über die Sache zu verfügen. Das muß daher auch von der Servitutbestellung gelten und auch diese würde in solchem Falle nur eine Folge dieser allgemeinen Dispositionsbefugniß sein. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß die Occupation von Servituten, wenn sie auch rechtlich construirbar ist, nun auch beanspruchen darf, als ein alle Zeit praktisch anwendbares Rechtsinstitut anerkannt zu werden, und dieser Beweis läßt sich allerdings auch unmittelbar mit Gesetzesstellen nicht erbringen; wohl aber spricht dafür der Entwickelungsgang, den die Lehre von der Entstehung und vom Besitz der Servituten im spätern römischen Rechte genommen hat. Wir beobachteten bereits, wie die klassische Jurisprudenz immer mehr dahin kam, das Institut des Besitzes von den körperlichen Sachen analog auf die Servituten zu übertragen, wie uns bei Ulpian bereits eine völlige Uebereinstimmung von Possessio und Quasi-Possessio entgegentritt und demgemäß die wichtigsten Wirkungen der erstern auch der letztern zugeschrieben werden. Nachdem man in Verfolg dieses

Strebens sich nicht abhalten ließ, die Ersitzung von Servituten anzuerkennen, und damit zugestanden hat, daß auch Servituten denkbar sind, die sich nicht mehr als Ausflüsse des Eigenthums darstellen, sondern nur in der Thätigkeit des Servitutberechtigten ihren Rechtsgrund suchen, ist es nun durchaus nicht mehr eine eigenmächtige Willkürlichkeit, wenn man auch die Lehre von der Occupation auf die Servituten überträgt und an den Besitz von Servituten an herrenlosen Sachen den Erwerb jener Servituten knüpft, sondern dieser Satz stellt sich nur als eine Consequenz jenes Triebes heraus, den wir in den Quellen so deutlich erkennen können, und dessen plötzliches Aufhören und Abbrechen wir nicht annehmen dürfen, auch wenn er uns nicht für jede einzelne Ader des Systems ausdrücklich bezeugt wird.

Man will freilich die Anwendbarkeit dieser Analogie dadurch angreifen, daß man das Bedürfniß für eine Servitutenoccupation leugnet und deßhalb in dieser eine überflüssige oder gar schädliche Rechtsbildung sieht, indem man da, wo sich die Möglichkeit des Eigenthums darbiete, nicht zu der künstlichen Gestalt einer partiellen Herrschaft greifen müsse[b]). Solche Behauptungen wird man nur mit Beispielen widerlegen können, und müssen wir deßhalb wieder an den mehrfach berührten Fall erinnern, wo jemand von seinem am Meer oder Meeresufer gelegenen Hause aus einen Balkon oder auch nur einen Dachvorsprung in den über dem Meer oder Meeresufer gelegenen Luftraum hineinragen läßt; Eigenthum hat er damit nicht an dem betreffenden Stück des Meeres erworben, da der Balkon oder Dachvorsprung kein Gebäude ist, welches dieses Stück ganz der Herrschaft der Wellen entzieht, wie das doch die Voraussetzung des Eigenthumserwerbes ist[c]), und demgemäß wird er auch niemandem untersagen können unter dem Balkon oder Dachvorsprung herzugehen oder zu schiffen; aber dennoch widerspräche es allen Grundsätzen der Billigkeit, und wie gesagt, es wäre eine Disharmonie gegenüber dem sonstigen Servitutenrecht, wenn dieser Balkon oder Dachvorsprung nicht geschützt würde, und das Recht auf denselben dem gegenüber

---

b) Kuntze a. a. O.

c) L. 14 de acq. rer. dom. 41, 1.

nicht behauptet werden könnte, der später den Boden darunter durch Bauten occupiren sollte. Das ist aber nicht der einzig mögliche Fall, in dem unsere Frage von Wichtigkeit ist, sondern schon im § 51 S. 467 wiesen wir auf einen andern hin, der häufiger vorkommen wird. Es verliert nämlich, wie wir dort sehen, der Usufructuar seinen Ususfruct, wenn er die Sache in ihre Bestandtheile auflößt, so daß die zum Ususfruct gegebene Species nicht mehr vorhanden ist, sondern statt dessen andere Sachen einer andern Art. Fügt er nun aus den Materialien wieder eine der frühern völlig gleiche Sache zusammen, und nimmt damit eine Specification der Materialien vor, so erwirbt er damit, falls er nicht einen Diebstahl begehen will, die neue Sache dem Eigenthümer, welchem er vermöge der usufructuarischen Caution zur Bewahrung der Materialien verpflichtet ist; allein er wird meisten Theils diesen Erwerb nur unter der Voraussetzung und mit dem Willen machen, daß er seiner Seits an dieser neuen Sache auch wieder, wie an der frühern, den Ususfruct haben wird, und deßhalb occupirt er unsers Erachtens durch die Specification den Ususfruct im eigenen Namen, die nuda proprietas im fremden, und auch dies wird nur der Billigkeit entsprechen und schon um so zweckmäßiger sein, als der Eigenthümer von der Zerlegung und Wiederzusammenfügung seiner in der Detention des Usufructuars befindlichen Sache gar nicht immer sichere Kenntniß erhalten kann, und daher oft nicht wissen würde, ob der Ususfruct noch mit Recht fortdauere oder nicht, was zu vielen Streitigkeiten Veranlassung werden kann. Endlich ist aber auch da, wo noch weite Strecken Landes herrenlos daliegen, (und wenn es bei uns, wo das wüste Land als Staats- oder Communalland zu gelten pflegt, auch nicht vorkommt, so müssen wir doch, zumal wenn wir dem Römischen Recht den Charakter eines Weltrechts zu vindiciren belieben, einen solchen Fall als möglich anerkennen), für die Occupation von Servituten ein günstiger Boden, indem es schon aus volkswirthschaftlichen Gründen von Nutzen ist, daß der Einzelne nur das an Grund und Boden zu Eigenthum occupire, was er auch wirklich bebauen und benutzen kann, und er nicht, wenn er sich bloß eine einzelne Befugniß an dem übrigen Theil der Fläche wahren will, diese ganz zu einem nutzlosen und Andere in der Bebauung störenden Eigen-

thum erwerben muß, weil er sich jene einzelne Befugniß sonst nicht sichern kann. Es sind also unsers Erachtens Fälle genug vorhanden, in denen sich die Servitutenoccupation als ein brauchbares und nützliches Institut empfiehlt, und deßhalb werden wir auch die Zulässigkeit derselben auf Grund der Analogie der Eigenthumsoccupation behaupten dürfen.

Die Erfordernisse derselben sind nur, daß die zu belastende Sache herrenlos ist, und daß der Besitz der Servitut in Gemäßheit der früher gegebenen Regeln ergriffen ist. Nur für die Servituten am Meer oder Meeresufer wird auch zu fordern sein, daß sich die partielle Herrschaft in einer dauernden baulichen Vorrichtung ausprägt, wie ja auch das Eigenthum daran nur erworben wird, wenn das betreffende Stück dem Meer durch ein förmliches Gebäude abgewonnen ist. Davon abgesehen wird der Erwerb des Servitutenbesitzes herrenlosen Sachen gegenüber oft nur schwer bewiesen werden können, weil sich hier nicht sicher wird unterscheiden lassen, ob die einzelnen Ausübungshandlungen Ausflüsse einer Servitut oder der allgemeinen, bei einer solchen Sache jedem zustehenden Dispositionsbefugniß sein soll, und daher der Besitzwillen sich oft nicht unzweifelhaft geäußert haben wird. Auf diesen wird man nur da schließen können, wo dauernde bauliche Vorrichtungen beweisen, daß man die Befugniß auch zu üben gedenkt, wenn die Sache nicht mehr res nullius ist, oder da, wo diese Befugniß die nothwendige Voraussetzung für jede oder doch für eine ersprießliche Benutzung einer andern Sache ist, an welcher der Occupant ein dauerndes Recht üben will, und man also aus dem letztern Umstande auch auf den Willen, auf jene Befugniß ein dauerndes Recht zu erwerben, wird schließen können. Hierher gehört es z. B. wenn jemand von einer großen herrenlosen Fläche einen Theil occupirt, zu dem er nur über andere, zur Zeit herrenloß bleibenden Theile gelangen kann; daß er sich dann an diesen eine Servitut schaffen will, wird unzweifelhaft sein.

Die Occupation der Servituten, deren Besitz zugleich mit einer Detention der belasteten körperlichen Sache verbunden ist, wie namentlich des Ususfructs, bedarf derselben factischen Ergreifung und Unterwerfung der Sache unter den Willen des Occupanten, wie die Occupation des Eigenthums, und man wird deßhalb vielleicht

geneigt sein, erstere als unmöglich zu verwerfen, da sie sich nicht von der letztern scheiden laße, und man sonst nicht erkennen könne, ob jemand das Eigenthum oder den Usufruct occupiren wolle. Allein wenn wir auch zugestehen müssen, daß, um ein gegen uns gebrauchtes Beispiel anzuführen, man nicht ein Pferd in der Wildniß einfangen kann, um daran nur einen Usufruct zu haben, so liegt doch der Grund davon nur darin, daß es ein wesentliches Element des Usufructs ist, daß seine Ausübung, also die Benutzung der Vortheile des Eigenthums, wozu er ja ermächtigt, durch das Recht eines Eigenthümers oder doch durch den Glauben des Usufructuars, daß ein Eigenthum an der Sache bestehe, seiner Dauer und seinem Inhalt nach beschränkt sein muß, widrigenfalls der Usufruct zum Eigenthum wird. Es ist daher Occupation desselben an einer herrenlosen Sache nur möglich, wenn gleichzeitig auch ein Eigenthum an derselben Sache entsteht, oder der Occupant wenigstens glaubt, daß es entstehe, und das kann natürlich nur in der Weise geschehen, daß wenigstens eine der beiden Occupationen, entweder die des Eigenthums, oder die des Usufructs durch Stellvertretung vor sich geht. Deßhalb kann ich auch am wilden Pferde einen Usufruct occupiren, wenn ich gleichzeitig für einen Dritten als dessen Mandatar das Eigenthum erwerbe, und in dieser Weise machten wir denn auch schon oben für eine durch den Usufructuar vorgenommene Specification hiervon Gebrauch.

Drittes Kapitel.

Untergang der Servituten.

§. 70.

Durch Untergang oder Umgestaltung der dienenden Sache.

Mit dem Untergang des Objects erlöscht immer auch das Recht daran, und darum gehen alle Arten von Servituten unter, sobald die dienende Sache und damit auch die dem Servitutberechtigten überlassene Eigenschaft derselben zu Grunde geht, und ferner, wenn die Sache nur diese eine Eigenschaft auf immer verliert, z. B. die Quelle versiegt, aus welcher das Wasser geleitet werden sollte[a]). Aber dieser Untergang muß ein gänzlicher sein, und eine bloß vorübergehende Unbrauchbarkeit hebt die Servitut an sich noch nicht auf, wenn sie nicht etwa Veranlassung zur Verjährung der Servitut wird. Dem physischen Untergang der Sache steht der rechtliche gleich, und in den Fällen, in welchen die äußern Schicksale der Sache alles Eigenthum an derselben ohne Zuthun des seitherigen Eigenthümers erlöschen machen, gehen auch alle daran haftenden Servituten verloren, so, wenn sie vom Feinde occupirt wird, [jedoch galt auch

---

a) Dadurch kann es geschehen, daß durch die Ausführung eines opus auch Realservituten erlöschen können, wie in l. 15 § 8 und in l. 21 § 3 quod vi aut clam 43, 24 vorausgesetzt wird; denn dies opus kann jene Eigenschaft auf immer vernichtet haben, indem z. B. dadurch die Quellen abgegraben werden.

für die Servituten das Postliminium[b])], oder ein öffentlicher Fluß sein Bett dauernd darüber nimmt[c]), oder wenn der Regent oder die Regentin die dienende Sache verschenkt, ohne die Servitut vorzubehalten[d]).

Geht die belastete Sache nun zu einem Theile unter, so wird es sich analog verhalten, wie wenn die dienende Sache durch theilweise Veräußerung Seitens ihres Eigenthümers in zwei Theile gespalten wäre, und die Frage entstünde, wie weit die Servitut auf jedem Theile ruht. Wir werden daher hierauf bei Besprechung jener für einen Anhang vorbehaltenen Frage zurückkommen können.

Die bloße Umgestaltung der belasteten Sache vermag die Realservituten nicht aufzuheben, und haben sie z. B. auch für ihre Ausübung zur nothwendigen Voraussetzung, daß sich ein Gebäude auf dem dienenden Grundstück befindet, so erlöschen sie dadurch doch nicht, daß das ursprünglich dort befindliche Haus niedergerissen wird, sondern

---

b) L. 26 quibus mod. ususfr. am. 7, 4.

c) L. 24 pr. § 1 daselbst. Javolen hat darnach im dritten Buch ex posterioribus Labeonis den obigen Grundsatz mit Berufung auf Labeo zunächst für den Usufruct und mit dem ausdrücklichen Zusatz: neque in pristinum statum restitui posse aufgestellt, dann auch im § 1 gesagt, nach Labeos und nach seiner Ansicht gelte dasselbe bei der serv. itineris und actus. Nach l. 14 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 hat dagegen eben derselbe Javolen im 10ten Buch ex Cassio für alle Arten von Wegeservituten gesagt, daß, wenn das dienende Grundstück vom Flusse occupirt sei, und vor Ablauf der Verjährungszeit wieder anschwemme (alluvione restitutus est), so werde auch die Servitut wieder hergestellt. Nach Ablauf der Verjährungszeit könne der Eigenthümer noch zur Wiedererrichtung der Servitut gezwungen werden. Es ist schwer diese beiden Stellen zu vereinigen; doch wird nichts übrig bleiben, als die letztere, die sonst nicht bloß der ersteren, sonderen auch der Consequenz und Rechtseinheit widersprechen würde, von einem Fall zu verstehen, wo das Grundstück bloß überschwemmt war, so daß der Ausdruck alluvio hier nicht in der technischen Bedeutung, wonach er neues Eigenthum zu schaffen vermag, gebraucht sein kann.

d) Hierher gehört auch, daß der Usufruct erlöscht, wenn die Sache eine Specification erleidet, nur daß dann, wenn der Usufructuar diesen Act vornimmt, er sich alsbald einen neuen Usufruct occupiren kann. Vgl. § 51 S. 467. § 69 S. 755.

sie bleiben an dem Bauplatze kleben[e]). Ganz anders verhält es sich dagegen beim Usufruct, indem für ihn consequent der Grundsatz eingehalten wurde, daß er erlöscht, sobald sich die belastete Sache, sei es durch Zufall, sei es durch die Thätigkeit ihres Eigenthümers, eines Dritten oder auch des Usufructuars so umgestaltet hat, daß sie nach den Ansichten des Verkehrs zu einer andern Sache, die einer andern Gattung angehört, geworden ist. Diese strengere Auffassung („strictius interpretetur" sagt Paulus hiervon in der l. 20 § 2 de S. P. U.) erklärt sich nicht allein aus der Ungunst, die Anfangs dem Usufruct zu Theil geworden zu sein scheint, und die möglichst auf Beschränkung der einzelnen Anwendungsfälle hinarbeitete (vgl. § 12 S. 113), sondern sie correspondirt auch mit den sonstigen, über den Umfang des Usufructs aufgestellten Regeln. Der Usufructuar soll die regelmäßigen Vortheile des Eigenthums ausüben, erhält aber als Früchte, wie wir § 52 S. 480 sahen, nur die Gegenstände, welche von der usufructuarischen Sache nicht in einzeln unerwarteten Fällen, sondern in ordnungsmäßiger Wiederholung und in der dem Zweck dieser Sache entsprechenden Weise producirt werden. Deßhalb wird z. B. in dem Usufruct eines Sees nach dem Willen der Constituenten nur die Befugniß zu schiffen, zu fischen und zu derartigen Handlungen enthalten sein, — daß dagegen vermöge dieses Usufructs auch Ackerbau getrieben werde, wird der Regel nach, wenn nicht besondere Umstände auf eine andere Ansicht hindeuteten, nicht von vorne herein in Aussicht genommen sein, und der Usufructuar wird nicht behaupten können, daß er kraft des Willens der Constituenten Korn einernte u. s. w. Wenn er daher nach der gänzlichen Veränderung einer Sache zu allen jetzt möglichen Benutzungsweisen nicht mehr autorisirt ist, so ist auch kein Grund da, um ihm die Detention noch länger zu gewähren, und das usufructuarische Recht ist demnach in allen seinen Consequenzen unwirksam und also gänzlich erloschen. Ist es aber einmal erloschen, so kann es nicht schon durch eine neue Veränderung der früher belasteten Sache wiederhergestellt werden, sondern bleibt erloschen, wenn z. B. auch der Acker wieder ein eben solcher See wird, wie er zur Zeit der Usufruct-

e) Arg. leg. 22 und 23 de S. P. U. 8, 2.

bestellung war. Da aber, wo die Umgestaltung von vorne herein nur einen vorübergehenden Charakter hatte, so daß man voraussehen konnte, die Sache werde später, und zwar ohne daß es eines ungerechtfertigten Eingreifens des Usufructuars in die Substanz der neuen Sache bedürfe, durch deren Natur oder durch die regelmäßige Thätigkeit des Usufructuars in den alten Zustand versetzt werden und dann in ordnungsmäßiger Weise wieder benutzt werden können, da wird der Ususfruct nicht untergehen dürfen, wenn gleich einstweilen mitunter keine Nutzung daraus gezogen werden kann.

Indem sich nun der römischen Jurisprudenz in dieser Weise der Gedanke aufdrängte, daß gewisse wesentliche Umgestaltungen der usufructuarischen Sache den Ususfruct aufheben müßten, sah sie sich die Aufgabe gestellt, die Grenzen zwischen solchen wesentlichen, den Ususfruct vernichtenden Veränderungen und den unwesentlichen festzusetzen, und dieser Aufgabe entledigte sie sich wieder in der Weise, daß sie nicht sowohl die strenge logische Consequenz, sondern mehr die Auffassungen des Verkehrs und des täglichen Lebens entscheiden ließ, und daher z. B. ein großes Gewicht darauf gelegt zu haben scheint, ob die fragliche Veränderung dahin geführt hat, daß die Sache jetzt mit einem ganz andern Namen bezeichnet wird, oder ob derselbe Name noch nachher üblich ist. Ausdrückliche Entscheidungen sind freilich für den Fall, daß die Veränderung während der Dauer des Ususfructs vor sich geht, nicht viele vorhanden, sondern die meisten der hierfür gewöhnlich citirten Stellen, namentlich l. 10 bis l. 12 quib. mod. ususfr. am. 7, 4, handeln von der Frage, wann das Legat eines Ususfructs durch die zu Lebzeiten des Testators vorgekommene Veränderung der dem Ususfruct nach legirten Sache aufgehoben werde. Wir mußten die Beweiskraft dieser Stellen leugnen (§ 51 S. 468), als wir die Frage behandelten, ob der Usufructuar sich bei einer Specification den Ususfruct erhalten könne, da sie ja stets voraussetzten, daß der Testator die Sache noch selbst in Händen hatte und also die dort besprochenen Specificationen nicht durch einen Usufructuar geschehen sein konnte. Davon aber abgesehen, werden wir die erwähnten Entscheidungen auch für unsere Frage benutzen können, da es ja auch hier nur auf die Erforschung des wahrscheinlichen Willens der Constituenten ankommt, und wenn dieser dem

Usufructuar nur grade die Nutzungen der Sache, welche bei der jetzigen Gestalt derselben üblich sind, gewähren und die andern untersagen wollte, so ist es gleichgültig, ob die Aenderung der Sache vor oder nach seinem Tode geschieht; ist sie in seinen Augen eine wesentliche, so wird sie im letztern Falle eben so wie im ersteren den Usufruct aufheben müssen. Deßhalb heben denn auch die hiervon handelnden Stellen es mitunter gar nicht recht scharf hervor, ob die Veränderung vor oder nach dem Tode des Testator geschehen ist[f]), und wo sich dies mit Sicherheit erkennen läßt, da correspondiren die Entscheidungen für beide Fälle durchaus mit einander[g]).

Darnach muß ein Usufruct an einem Hause erlöschen, wenn das Haus abbrennt oder abgebrochen wird, und ohne daß er an dem etwa auf derselben Stelle wieder aufgebauten Hause wieder auflebt[h]). Doch gilt dies nur dann, wenn grade das Haus Gegenstand des Usufructs ist, nicht auch, wenn dieser an einem größern Gute haftet, und auf demselben das Wohnhaus niedergerissen wird, oder wenn der Usufruct am ganzen Vermögen bestellt ist; auch die Baustelle verbleibt in solchem Falle im Usufruct[i]). Da aber, wo an einem leeren Platz, an einer area der Usufruct haftet, soll derselbe dadurch, daß ein Haus darauf gebaut wird, noch nicht alsbald gänzlich untergehen, sondern, da er ja zum Bewohnen des neu erbauten Hauses nicht ermächtigen kann, einstweilen nur suspendirt sein, und erst nach Ablauf der Verjährungszeit geht er gänzlich unter[k]). Denn diese Veränderung ist keine so definitive, daß sie nicht wieder rückgängig gemacht werden könnte; das Haus kann abbrennen oder einstürzen, und die area ist wieder unverändert da, während das einmal abgebrannte Haus nie wieder von selbst ersteht, und, wenn

f) Vgl. z. B. l. 31 quib. mod. ususfr.

g) Vgl. l. 36 pr. und l. 71 de usufr. 7, 1.

h) L. 36 pr. de usufr. 7, 1; l. 5 § 2, l. 10 § 1 quib. mod. ususfr. Eine bloße Reparatur des alten Hauses hat diese Wirkung nicht, auch wenn dadurch successiv eine völlige Erneuerung herbeigeführt wird; vgl. l. 10 § 1 daselbst

i) L. 34 § 2 de usufr., l. 8 und l. 9 quib. mod. ususfr.

k) L. 36 pr. und l. 71 de usufr. 7, 1.

auch das neue noch so treu nach dem Vorbilde des früheren gebaut wird, in der Ansicht des Verkehrs ist es doch immer ein neues, und nie das alte. Gleichwohl ist es aber auch nicht so aufzufassen, als ob durch die Aufführung des Hauses der ordnungsmäßigen Benutzung der area nur ein Hinderniß bereitet sei, so daß das Recht des Usufructuars ungeschmälert fortbestehe und nur aus factischen Gründen nicht ausgeübt werden könne. Denn verhielte es sich also, so müßte dem Usufructuar die Befugniß zugestanden werden, dieses Hinderniß wie andere Hindernisse ohne Rücksicht auf das Interesse des Eigenthümers mit eigenen Kräften zu entfernen, und daher seine confessorische Klage gegen jeden zu brauchen, der ihn hindern wollte, das Haus niederzureißen und die area wieder herzustellen. Diese Befugniß wird ihm aber in den Quellen nicht zugestanden; es wird gradezu gesagt, sein Ususfruct werde erst nach Niederreißung des Hauses wieder hergestellt, so daß er also bis dahin nicht bestanden hat[l]), er habe gegen den Eigenthümer, der das Haus aufführte, eine actio de dolo die bekanntlich sehr subsidiär ist und nicht zugelassen wäre, wenn er noch die confessorische Klage hätte.

Weiter wird in den Quellen entschieden, daß der Ususfruct an einem Acker zu Grunde geht, sobald dieser nicht bloß vorübergehend überschwemmt, sondern dauernd in einen See oder in einen Sumpf verwandt wird, und umgekehrt der Ususfruct an einem See, wenn dieser zu Ackerland geworden ist[m]). Der Ususfruct an einer silva caedua endet, wenn der Wald ausgerodet und eine andere Benutzung des Grund und Bodens eingetreten ist[n]). Ist dagegen

---

l) L. 71 de usufr. — restitui usumfructum, veteres responderunt. Deßhalb ist auch zwischen den citirten Stellen und der l. 5 § 3 quib. mod. ususfr. kein Widerspruch; denn wenn darin Ulpian sagt, daß durch das Aufbauen des Hauses der Ususfruct untergehe (rem mutari et usumfructum extingui constat), so hat er nur den nächsten und den regelmäßig auch alleinigen Erfolg im Auge, ohne darum das Wiederaufleben des Ususfructs zu leugnen, falls seltener Weise vor Ablauf der Verjährungszeit die area hergestellt würde.

m) L. 10 § 3. l. 24 pr. quib. mod. ususfr.

n) L. 10 § 4 daselbst. Wären die Bäume bloß abgehauen, und könnte

ein Ususfruct an einem Felde (arvus) bestellt, so erlöscht er nicht dadurch, daß Weinreben auf demselben gepflanzt werden[o]), indem das in den Verkehrsansichten noch nicht genügt, um die Sache zu einer ganz andern zu machen. Der Ususfruct an einem Bade oder an einem Laden endet mit der Verwandlung des Bades oder des Ladens in eine Wohnung[p]), der an einem Schiff, sobald dasselbe aus einander genommen wird, der an einem Viergespann, wenn eins der Thiere stirbt, während, wenn der Usufruct an den einzelnen Thieren haftet und von vorne herein nicht grade auf die universitas rerum das Augenmerk gerichtet gewesen ist, nach dem Tode des einen Thiers der Usufruct an den andern fortbesteht[q]). Der Usufruct an einer Heerde erlöscht, wenn die Zahl der Thiere so gering geworden ist, daß man sie nicht mehr als Heerde bezeichnet[r]). Einschmelzen des Bechers, der Statuen oder sonstigen Zierrathen, und umgekehrt das Verarbeiten von rohem Metall zu solchen Dingen bewirkt ebenfalls den Untergang des daran haftenden Usufructs[s]). Werden Sklaven zu andern Diensten verwandt, als wofür sie bestimmt waren, so daß sie für diese ihre Bestimmung unbrauchbar werden (vgl. § 51 S. 473), so geht der Usufruct daran unter[t]).

Die obigen nun für den Usufruct ausgesprochenen Regeln werden auf die übrigen Personalservituten analog anzuwenden sein. Für den usus ergiebt sich das schon aus dem Satze, daß er stets auf dieselbe Weise erlöscht, wie der Usufruct[u]); für die operae servorum und die habitatio folgt es nicht bloß aus der Analogie des Usufructs, sondern auch daraus, daß bei diesen Servituten grade

---

von selbst wieder ein Wald auf derselben Stelle aufwachsen, so würde anders zu entscheiden sein.

o) L. 10 § 4 daselbst. Die Frage also, zu welchen Veränderungen der Usufructuar berechtigt ist (vgl. § 51 S. 472), und die, welche Veränderungen heben den Usufruct auf, werden durchaus verschieden beantwortet.

p) L. 12 pr. daselbst. Vgl. S. 465 Anm. q.

q) L. 10 § 8 daselbst.

r) L. 31 daselbst.

s) L. 36 de usufr.; l. 10 § 5 quib. mod. ususfr.

t) L. 12 § 1 daselbst.

u) L. 3 § 3 de usufr. 7, 1.

ein unmittelbares Aneinanderpassen des Berechtigten und dieser speciellen Sache vorausgesetzt ward, und wie es als unmöglich gegolten hat, daß ein Anderer, als der bei der Errichtung Genannte, die Servitut übte, so wird auch die ursprüngliche Gestalt der Sache nöthig gewesen sein, um die Servitut so zu üben, wie beabsichtigt ward.

§. 71.

Confusion von Eigenthum und Servituten[a]).

Wie man nicht eine Servitut an eigener Sache haben kann, und wie solche daher mit dem Erwerbe der belasteten Sache Seitens des Innehabers einer Personalservitut oder des Eigenthümers der herrschenden Sache, beziehungsweise mit dem Erwerbe der herrschenden Sache Seitens des Eigenthümers der dienenden Sache zu Grunde gehen muß, haben wir schon früher § 14 S. 125 dargestellt und auch schon ausgeführt, wie in manchen Fällen dieser Untergang durch Restitution Seitens des Prätors, durch Retention bei der Herausgabe der dienenden Sache, oder durch persönliche Klagen rückgängig gemacht werden könne[b]). Erwerb von Miteigenthum hebt eine theilbare Servitut zu entsprechenden Theilen auf, während er eine untheilbare Servitut nicht alterirt, es sei denn, daß alle Miteigenthümer des einen Grundstücks gemeinschaftlich das andere in der Weise erwerben, daß ein und dasselbe Miteigenthum beide Grundstücke zu umfassen scheint, und also namentlich dieselben Theilverhältnisse an beiden bestehen (vgl. S. 130). Erwirbt aber der Eigenthümer des dienenden Grundstücks einen reellen Theil des herrschenden, so wird sich die Servitut, wie bei jeder Theilung des

a) Erwirbt ein Usufructuar das Eigenthum an der usufructuarischen Sache, so reden die Quellen auch von *consolidatio*, vgl. § 3 J. de usufr. II, 4; l. 3 § 2 de usufr. accresc. 7, 2.

b) Die S. 126 aufgeführten Fälle können noch mannigfach vermehrt werden. Vgl. z. B. l. 9 comm. praed. 8, 4; l. 2 § 19 de hered. vel act. vend 18, 4; l. 7 pr. de fund. dot. 23, 5; l. 38 § 1, l. 70 § 1 de leg. I 30; l. 73 ad SC. Trebellian. 36, 1; l. 35 de bon. libert. 38, 2; l. 6 de manumiss. testam. 40, 4.

herrschenden Grundstücks, in denselben Verhältnissen wie dieses zerspalten (vgl. § 11 S. 103), und die Quote derselben, welcher nach den früher dargestellten Grundsätzen mit dem Theil des herrschenden Grundstücks, auf den Eigenthümer des dienenden übergeht, erlöscht durch Confusion, während die übrigen Elemente der Servitut fortbestehen. Erwirbt der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks einen Theil des dienenden, so wird auch hier die Analogie des Falls entscheiden müssen, wenn sich die dienende Sache in mehrere Sachen zerspaltet, und behalten wir daher auch diese Frage besser dem Anhange vor.

§ 72.
Verzicht auf Servituten.

Wir führten früher aus (§ 39 S. 349), wie zur Zeit der klassischen Juristen im römischen Verkehr die Ansicht geherrscht haben muß, daß die einfache Dereliction nicht genügen könne, um eine Servitut gänzlich aufzuheben, sondern wie eine solenne in iure cessio oder bei Wege- und Wasserservituten doch eine Mancipation für dazu erforderlich gehalten sein müsse[a]). Wir haben darin oben nur einen Ausfluß der Ansicht der Proculejaner erkennen zu müssen geglaubt,

a) Darauf deutet nicht nur hin, daß sonst die so oft genannte Recession der Servitut an den Eigenthümer mit aller ihrer Umständlichkeit überflüssig gewesen wäre, sondern auch daß Paulus [Rec. Sent. III, 6 § 28 33] bei Aufzählung der Erlöschungsgründe nur die in iure cessio nicht die Dereliction nennt. — Eine entgegenstehende Ansicht läßt sich auch nicht auf l. 64 und l. 65 pr. de usufr. stützen, indem wir schon im § 53 S. 511 nachwiesen, wie durch den Ausdruck „derelinquere usumfructum“ nicht das Institut der Dereliction des Usufructs als ein mit der Dereliction des Eigenthums gleichartiges und gleichwirksames anerkannt werde, da dort doch immer ein Zurückgeben der usufructuarischen Sache an den Eigenthümer oder doch wenigstens ein Anbieten derselben vorausgesetzt sein muß. Und selbst wenn auch der Usufructuar dem Wortlaut der l. 64 und l. 65 gemäß durch Dereliction von den usufructuarischen Lasten frei würde, so ist damit noch nicht gesagt, daß eben diese Dereliction auch schon seinen Usufruct für immer vernichte, und er sich der einmal entschlagenen Sache nicht später wieder unterziehen dürfe.

die auch die Dereliction des Eigenthums nicht eher als vollendet angesehen haben wollten, als bis die delinquirte Sache wieder von einem Andern occupirt war, und haben demgemäß dort angenommen, daß, da im justinianeischen Recht diese proculejanische Ansicht ausgemerzt ist, wir nunmehr auch für den Verzicht auf Servituten die bloße Dereliction, d. h. die sichere Darlegung des Willens, nicht mehr Servitutberechtigter sein zu wollen, als genügend anerkennen müßten.

Allein, wenn wir mit diesem Resultate die Art und Weise vergleichen, in welcher die justinianeischen Rechtsbücher sich zu dieser Frage verhalten, so finden wir, daß auch Justinian in § 3 J. de usufructu II, 4 die Dereliction nicht unter den Erlöschungsarten der Servituten aufzählt, sondern es auch hier noch heißt: Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur. Ebenso sind in den Pandektenstellen, die vom Verzicht auf Servituten handeln, zwar die ursprünglich darin erwähnten solennen Rechtsgeschäfte von den Compilatoren, wenn auch nicht bis zur Unkenntlichkeit, verwischt[b]), allein in ihrer jetzigen Gestalt behandeln sie doch fast alle Aufhebungs**verträge**, zu denen meistens noch Quasitradition hinzutritt, indem alsbald von der wieder erworbenen Freiheit Gebrauch gemacht wird[c]), und nur wenige sprechen in so allgemeinen Ausdrücken, (remittere servitutem — recedere ab usufructu), daß sie allenfalls auch von der bloßen Dereliction verstanden werden könnten[d]). Bestimmt erwähnt wird diese nirgends[e]).

Wenn sich bei diesem Zustand der Quellen auch keine bestimmte Ansicht allein auf diese gründen kann, so gestattet er es doch, daß man bei Beantwortung der Streitfrage, ob die bloße Dereliction die Ser-

---

b) Vergl. l. 21 de S. P. U., 8, 2; l. 20 de S. P. R. 8, 3; s. S. 350.

c) Vgl. l. 17 comm. praed. 8. 4.

d) Z. B. l. 48 pr. de usufr. 7, 1; l. 34 pr. de S. P. R. 8, 3.

e) Nach l. 8 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 geht allerdings durch die Erlaubniß zum Höherbauen die serv. altius non tollendi verloren [si permisero ... amitto], allein es ist nicht gesagt, ob dieser Erlaubniß eine Bitte vorher ging und also darin zugleich ein Consens lag, oder nicht. Wahrscheinlich aber ist das erstere, und statt des „permisero" hat es vielleicht auch früher geheißen: „in iure cessero".

vituten aufhebt, lediglich die Analogie nah verwandter Rechtsinstitute entscheiden läßt, und da haben wir bei nochmaliger Erwägung den von Fritz (Erläuterungen Bd. I S. 385 ff.) ausgeführten Gründen unsern Beifall nicht versagen können und glauben ebenfalls, daß hier nicht sowohl die Analogie des Eigenthums, als vielmehr die der Obligationen zu Rathe gezogen werden muß und demnach der bloße einseitige Verzicht zum Untergang der Servitut noch nicht genügt. Denn wenn der Eigenthümer derelinquirt, so hat dieser Act nur die Aufhebung eines Rechts zur Folge, nicht auch schon alsbald die Entstehung eines neuen Rechts, ja der Derelinquent behält selbst noch, so lange ihm nicht etwa ein Dritter zuvorgekommen ist, die Möglichkeit, die verlassene Sache wieder von Neuem zu occupiren. Alles das verhält sich anders beim Verzicht auf Servituten; diese würden dadurch nicht etwa res nullius werden, so daß jeder die Servitutbefugniß occupiren und auch der Verzichtende selbst sie noch einige Zeit hindurch wieder in Anspruch nehmen könnte, sondern unmittelbar durch die Dereliction erwürbe der Eigenthümer die Freiheit. Könnten Obligationen durch den bloßen einseitigen Verzicht des Gläubigers aufgehoben werden, so würde durch seinen Act in gleicher Weise unmittelbar der Schuldner bereichert. Das hat das Recht aber nicht zugelassen, sondern fordert zur Gültigkeit des Verzichts Accept desselben Seitens des bereicherten Schuldners, und so wird man auch annehmen dürfen, daß der Verzicht auf die Servitut Seitens des dadurch bereicherten Eigenthümers der dienenden Sache acceptirt werden muß, um die Servitut gänzlich zu vernichten. Allerdings scheiden sich Obligationen und Servituten darin wesentlich von einander, daß letztere absolute, jedem gegenüber geltend zu machende Rechte sind, und daß daher durch den Untergang derselben nicht allein der Eigenthümer, sondern auch alle andern Personen berührt werden, während die Aufhebung der Obligation der Regel nach nur für den Schuldner ein rechtlich relevantes Ereigniß ist, und man könnte daraus folgern, daß wenn in letzterm Falle der Schuldner mitwirken müsse, man consequent in ersterem die Mitwirkung aller derer fordern müsse, die fortan nicht mehr die confessorische Klage zu fürchten hätten, und da das eine Unmöglichkeit sei, so könne überhaupt nicht die Mitwirkung irgend eines andern, als des ver-

zichtenden Servitutberechtigten gefordert werden. Allein eine wirkliche Bereicherung entsteht aus dem Verzicht nur für die Innehaber der dienenden Sache; allen Andern bleibt das, was seither verboten war, auch in Zukunft verboten, nur daß sie deßhalb nicht mehr die confessorische Klage der Servitutberechtigten, sondern die negatorische oder die andern Klagen des Eigenthümers zu fürchten haben. Wie nun überall im Rechte nicht zugelassen wird, daß ein Recht durch den bloß einseitigen Akt seines Innehabers unmittelbar auf einen Andern übergeht, so wird man es auch hier nicht gestatten dürfen[f].

Es ist nicht genau richtig, wenn wir eben sagten, nur der Eigenthümer der dienenden Sache werde durch den Verzicht bereichert; daneben werden es auch alle dinglich an der Sache Berechtigten, so weit ihr Recht durch die Servitut irgendwie beschränkt wurde, und es kann daher die Frage entstehen, ob sie alle consentiren müssen, damit der Verzicht gültig ist. Hier macht sich aber der Gesichtspunkt wieder geltend, daß der Eigenthümer der eigentliche Vertreter der Sache ist, so daß er durch seinen Accept die Freiheit dieser so zurückerwirbt und dauernd mit ihr verbindet, wie er durch den Erwerb einer Realservitut zu Gunsten seiner Sache diese Servitut mit ihr dauernd verbindet (vgl. § 63), und seine That kommt daher den an dieser Sache Berechtigten ohne weiteres mit Nothwendigkeit zu gute. Verzichtet aber der Servitutinnehaber nicht sowohl um des Eigenthümers, als um eines Emphyteuten, Usufructuars u. s. w. willen, und schließt nur mit diesen den dahin zielenden Vertrag ab, so wird sich das Verhältniß ähnlich gestalten, wie wenn ein solcher dinglich Berechtigter der Sache eine Servitut erworben hätte. Wie er damit nicht nur für seine Person und dem andern Contrahenten gegenüber, sondern Allen, welche in sein dingliches Recht succediren, bis dasselbe aus irgend einem in seiner Natur

f) Wer annimmt, daß eine Servitut nicht durch bloßen Vertrag entstehe, sondern daß um ein dingliches Recht zu übertragen, Tradition erforderlich sei, wird consequent auch annehmen müssen, daß an die Stelle der alten Recession oder Mancipation nicht der bloße Vertrag habe treten können, sondern daß daneben eine Quasitradition, d. h. alsbaldige Benutzung der Freiheit durch den Eigenthümer erforderlich sei; vgl. § 65.

liegenden Grunde an das Eigenthum zurückfällt, eine Servitut erworben hat, so wird er auch in unserm Falle bis zu diesem Zeitpunkt allen seinen Nachfolgern und ohne Rücksicht darauf, ob der Verzichtende noch die früher herrschende Sache inne hat, die Freiheit von der Servitut erworben haben, und erst nach dem gänzlichen Untergang des von ihm inne gehabten Rechts und dessen Heimfall an das Eigenthum wird die Servitut wieder aufleben. Auch dem bloßen Detentor der belasteten Sache, dem Pächter u. s. w. kann der Verzicht auf die Servitut von Nutzen sein; aber unmittelbar wird er nicht durch ihn bereichert, sondern erst dadurch, daß der Eigenthümer oder sonstig dinglich Berechtigte ihn auch diese zurückerworbene Eigenschaft der Sache benutzen läßt. Verzichtet aber bloß um seinetwillen und durch ein nur mit ihm abgeschlossenes Geschäft der Servitutinnehaber auf die Servitut, und ohne daß der Detentor etwa als Stellvertreter des Eigenthümers und in seinem Namen hat handeln können, so kann ein solches Geschäft nur die Wirkung eines einfachen Vertrags beanspruchen und verpflichtet und berechtigt nur die Contrahenten und ihre Universalsuccessoren.

Zu einem gültigen Verzicht auf die Servitut, so daß diese aufgehoben wird, ist allein der Servitutberechtigte selbst und also bei Realservituten allein der Eigenthümer der herrschenden Sache ermächtigt, aber auch nur dann, wenn kein allgemeines Veräußerungsverbot entgegensteht. Ist er nicht der einzige Berechtigte, sondern können daneben auch andere an der herrschenden Sache dinglich Berechtigte die Ausübung der Servitut beanspruchen, so wird es der Zustimmung derselben bedürfen, wenn die Servitut alsbald aufhören soll, widrigenfalls sie, so lange ihr Recht dauert, die letztere nach wie vor benutzen können, so daß erst nach Untergang ihres Rechts alle Consequenzen der Servituten aufhören. Die Servitut behält bis dahin eine relative Geltung, wie sie solche ebenfalls hat, wenn sie von vorne herein z. B. von einem Emphyteuten für die herrschende Sache erworben wäre (vgl. § 63).

Zur Gültigkeit eines Verzichtes wird alles erforderlich sein, was zu jedem Veräußerungsvertrage nöthig ist, also namentlich Dispositionsbefugniß Seitens des Verzichtenden. Der Verzicht wird häufig nicht ausdrücklich geschehen, sondern der Consens muß aus conclu-

deuten Handlungen geschlossen werden[g]), immer aber ist er, wie jeder Verzicht, streng auszulegen und dem Wortlaut gemäß zu erklären, so daß auch, wenn dem Verzichtenden zwei Servituten an derselben Sache zustehen, aus dem Verzicht auf die eine nicht auch der auf die andere gefolgert werden darf[h]). Wenn jedoch eine davon nur den Charakter der adminicula im Verhältniß zu der andern hätte, also nur um dieser willen bestände, so würde mit dem Verzicht auf die letztere auch die erstere untergehen[i]).

Der Verzicht kann sich bei theilbaren Servituten auch auf eine ideelle Quote derselben beziehen, bei untheilbaren Servituten ist dies dagegen nicht möglich. Wohl aber kann auf einzelne Elemente einer solchen Servitut verzichtet werden, so daß der Servitutberechtigte die und die ihm seither zustehenden Befugnisse in Zukunft aufgiebt (vgl. unsere Ausführungen in § 39 S. 352), oder die ganze Servitut für den und den Theil des dienenden Grundstücks erläßt[k]). Häufig wird beides vereint vorkommen. Daß auch für einen Theil des herrschenden Grundstücks auf eine Realservitut verzichtet werden kann, um dadurch dem dienenden Grundstück seine Last zu erleichtern, folgt schon daraus, daß bei einer Theilung des herrschenden Grundstücks zwei selbständige Servituten entstehen (vgl. § 11 S. 103) und dann jeder der Servitutberechtigten auf seine Servitut verzichten kann, so daß also der Fortbestand der ursprünglichen Servitut für einen Theil des herrschenden Grundstücks möglich ist.

Der Verzicht kann auch durch letztwillige Verfügung geschehen, indem der Testator, wie über alle andern Vermögensrechte, so auch über die ihm allein zustehenden Servituten unmittelbar verfügen

---

g) Vgl. l. 8 quemadm. serv. am. 8, 6. Wenn der Usufructuar dem Eigenthümer erlaubte, die belastete Sache zu verkaufen, so galt das als Verzicht auf die Servitut, weil sonst die Erlaubniß ein überflüssiger Act gewesen wäre, f. l. 4 § 12 de exc. doli 44, 4.

h) Vgl. l. 21 de S. P. 8, 2; l. 20 pr. de S. P. R. 8, 3.

i) Arg. leg. 17 quemadm. serv. am. 8, 6.

k) L. 6 de serv. 8, 1.

kann. Als Honorirter wird dann der Regel nach der Eigenthümer des seither dienenden Grundstücks, so wie wer sonst an demselben dinglich berechtigt und in Folge dessen unmittelbar durch die Aufhebung bereichert ist, zu gelten haben. Eines Accepts der Freiheit bedarf es so wenig, wie es einer Annahme sonstiger Legate bedarf. — Hiermit nicht zu verwechseln sind die letztwilligen Verfügungen, welche dem Onerirten die Verpflichtung auferlegen, auf eine Servitut zu verzichten oder den Verzicht Seitens eines Dritten Berechtigten zu erwirken.

§ 73.

Untergang der Servituten in Folge von Verjährung.

Wir haben schon im § 40 [S. 357 bis 377], so wie beiläufig im § 62 [S. 653 u. 654] einige Hauptsätze dieser Lehre als Incidenzpunkte besprechen müssen, und können daher hier von den folgenden dort gefundenen Resultaten ausgehen, denen wir jedoch alsbald einige Erläuterungen und Anwendungen zufügen wollen.

1) Die Wege- und Wasserservituten, so wie der Ususfruct und der Usus erlöschen in Folge von Nichtgebrauch[a]) und zwar, bis Justinian in der unten zu besprechenden Weise die Fristen neu normirte, innerhalb zwei Jahren, wenn sie an Grundstücken bestanden, innerhalb eines Jahrs, wenn sie an beweglichen Sachen hafteten. Konnten die Servituten nicht an jedem Tage der Verjährungszeit ausgeübt werden — das nahm man jedoch noch nicht an, wenn sie einen Tag um den andern ausgeübt werden durften, indem sie dann doch noch im Moment des Anfangs oder des Endes auch der ausfallenden Tage geübt werden konnten — so ward die Verjährungszeit verdoppelt[b]). Die Verjährungszeit wird in dem Augenblick beginnen müssen, in welchem zum ersten Male eine durch die Natur der Servitut gestattete Ausübungshandlung unterlassen wird; darf also nur in Zwischenräumen von mehreren Jahren eine Servitut

---

a) Ausgenommen ist die Wegegerechtigkeit zu Gunsten eines Grabes; vgl. l. 4 quemadm. serv. am. 8, 6.

b) L. 7 quemadm. serv. am. Vgl. Donell. Comment. XI, 18 § 16.

geübt werden, so beginnt die Verjährung nicht unmittelbar nach der letzten Ausübungshandlung, sondern erst in dem Moment, wo solche wieder hätte vorgenommen werden können[c]). Die Länge der Verjährungszeit wird, da es sich hier durchaus um eine Extinctivver-

c) Man hat behauptet, bei den Servituten, welche zu ihrer Ausübung eine Vorrichtung bedürften, liefe die Verjährungszeit erst von dem Augenblick, wo diese Vorrichtung hergestellt ist, und hat sich dafür auf l. 19 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 berufen. Wir erwähnten aber schon früher (§ 25 Anm. h S. 209 und § 65), wie hier noch gar keine Servitut vorhanden war, da wohl ein pactum de constituenda servitute abgeschlossen, aber die Tradition nicht vorgenommen war. Und eine solche Ausnahme läßt sich auch um so weniger begründen, als nach römischer Auffassung die Servitut nicht etwa noch von einer Bedingung abhängig ist, sondern die Befugniß, die Vorrichtung herzustellen, durchaus als ein selbständiges Element der Servitut gilt (vgl. § 19 S. 176), so daß schon die Ausübung dieser Befugniß als Ausübung der Servitut erscheinen muß, und letztere demnach von Anfang an möglich ist. Anders verhält es sich allerdings, wo die Servitut, wenn auch nicht formell, so doch materiell an eine Bedingung geknüpft ist (vgl. § 19), und was weiter wesentlich nöthig ist, die Erfüllung dieser Bedingung nicht lediglich von der Willkühr des Berechtigten abhängt, wie z. B. wenn Wege- oder Wassergerechtigkeiten erst einzelnen von mehreren aneinanderliegenden Grundstücken auferlegt sind, so daß noch keine Continuität des Wegs- oder der Wasserleitung erreicht ist (vgl. § 9 S. 85), oder erst einzelne der mehreren Miteigenthümer des dienenden oder herrschenden Grundstücks den Errichtungsact vorgenommen haben (vgl. § 63), oder wenn die Servitut nur für den Fall bestellt ist, daß auf dem dienenden Grundstück ein Gebäude errichtet ist. Damit hängt es zusammen, daß Paulus in l. 18 § 2 quemadm. serv. am. sagt, eine serv. tigni immittendi gehe nicht verloren, wenn die Verjährungszeit hindurch das Haus, worin immittirt werden soll, nicht gebaut ist. Paulus begründet das freilich dadurch: quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit — allein das Recht ist noch nicht unterbrochen, weil noch kein ius utendi vorhanden war, und also fehlt es hier an dem auch neben der possessio libertatis zum Untergang solcher Servituten erforderlichen non usus. — Ist die Servitut einmal völlig zur Existenz gekommen, und nachher treten wieder die Umstände ein, welche sie im Anfang suspendirten, indem z. B. eine der mehreren Grundstücke, über welche die Wegegerechtigkeit läuft, davon frei und dadurch die ganze Servitut unbenutzbar wird, so hindert das die Verjährung durchaus nicht; vgl. l. 6 pr. si serv. vind. 8, 5 und l. 13 quemadm. serv. am.

jährung handelt, in der Art berechnet werden müssen, daß der letzte Tag ganz abgelaufen sein muß, ehe die Servitut verloren ist[d]).

2) Daß die dienende Sache während der Nichtbenutzung der Servitut besessen worden ist, ist nicht erforderlich, und ebenso trifft der Untergang der Servitut ganz unabhängig von der Frage ein, aus welchem Grunde die Ausübung unterblieben ist[e]), und selbst dann, wenn es geschah, um ein verbotenes Geschäft zu bewirken[f]). Doch kann beim Vorhandensein eines geeigneten Grundes Restitution gegen diese Verjährung oder wenigstens Ersatz für den dadurch entstandenen Vermögensschaden erlangt werden[g]). Nur da, wo ein allgemeines Veräußerungsverbot besteht, findet diese Erlöschungsart keine Anwendung, da, wie Paulus in l. 28 de V. S. 50, 16 sagt: Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes, und so gehen z. B. die Servituten eines Dotalgrundstücks nicht unter, wenn sie auch der Mann nicht braucht[h]). Dagegen wird man aber nicht, wie es z. B. Unterholzner (ausführl. Verjährungslehre Bd. II § 299) thut, die sämmtlichen Hindernisse der Usucapion für dies Institut analog erweitern dürfen, indem eben das letztere eine durchaus einzelstehende Schöpfung ist, die mit der Usucapion in keiner Verbindung steht und nur nach ihren eignen Principien beurtheilt werden muß, und deßhalb wird z. B. auch in l. 4 § 27

---

d) Vgl. Vangerow, Leitfaden Bd. I, § 196 und § 357 a. E.

e) Nur wenn der Servitutberechtigte bestimmt den Willen, auszuüben, kund gethan hat und lediglich auf Bitten des Belasteten (precario) oder vertragemäßig für eine bestimmte Zeit (vgl. § 72 S. 771) davon abgestanden ist, oder wenn er sich mit einem Surrogat für die einzelne Ausübungshandlung hat abfinden lassen, wird man eine Unterbrechung der Verjährung auch ohne Ausübung der Servitutbefugniß annehmen dürfen. Die usucapio libertatis findet wenigstens nicht statt, wenn der servitutwidrige Zustand precario hergestellt ist (s. unten), und da dort die precario unterlassene Ausübung nicht schadet, so wird man des gleichen Grundes wegen hier dasselbe annehmen können.

f) L. 5 § 6 de donat. inter vir. et uxor. 24, 1: Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse. Vgl. l. 78 § 2 de iure dot. 23, 3.

g) Siehe die S. 373 citirten Stellen.

h) Arg. leg. 6 de fund. dot. 23, 5.

de usurp. 41, 3 ausdrücklich ausgeführt, wie trotz gewaltsamer Verhinderung der Ausübung die Servitut untergehe.

3) Die Vornahme einer einzelnen und auch der geringsten Ausübungshandlung unterbricht die Verjährung; der Ausübende darf nur nicht in der Voraussetzung gehandelt haben, daß keine derartige Servitut vorhanden sei, oder er darf damit nicht ein anderes Recht haben ausüben wollen, als das, dessen Erhaltung jetzt in Frage kommt. Die Ersitzung wird sogar unterbrochen, wenn der durch die Servitut bezweckte Erfolg ohne die Thätigkeit einer Person eintritt, und ferner kann jeder Dritte, auch wenn gar kein rechtliches Band zwischen ihm und dem Berechtigten besteht, durch seine Ausübung diesem die Servitut erhalten. Es muß aber nur ebendieselbe Servitut sein, die erhalten werden soll, und die er geübt hat, und daher wird z. B. dadurch, daß A. im eigenen Namen einen Ususfruct an einem Grundstück übt, der des B. noch nicht erhalten, oder dadurch, daß von Mehreren, die an demselben Wasser Wasserleitungsservituten haben, oder die sich körperlich in das eine herrschende Grundstück und damit in die demselben zustehende Servitut getheilt haben, nur Einer seine Servitut zu Gunsten seines Grundstücks übt, auch die der Andern nicht retinirt[i]). Ob es dieselbe Servitut ist, die geübt wurde, wird sich bei Realservituten immer daran erkennen lassen, ob die Nutzung dem herrschenden Grundstück zu Gute kam und ob also fundi nomine geübt ward. Da, wo jemand durch verschiedene Akte mehrere Servitutbefugnisse an derselben Sache erworben hat, und demnach schon der äußern Erscheinung nach mehrere Servituten vorhanden sind, da muß jede derselben geübt werden, um gegen Verjährung gesichert zu sein[k]). Solche Handlungen, welche gar nicht durch die Servitut gestattet sind, vermögen den Untergang derselben nicht abzuwenden[l]); dagegen ist es nicht

---

i) L. 6 und l. 16 quemadm. serv. am. 8, 6.

k) L. 17 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

l) L. 10 § 1, l. 11, l. 18 pr. quemadm. serv. am. Schwer damit zu vereinigen ist Julians Ausspruch in l. 5 § 1 de aq. quot. 43. 20, wonach zwei Servitutberechtigte, von denen der Eine bei Tage, der Andere bei Nacht dasselbe Wasser leiten soll, und die durch ein Uebereinkommen unter sich mit

dazu erforderlich, daß sie ihrem ganzen Inhalt nach ausgeübt werde, sondern durch Benutzung einzelner in ihr enthaltener Befugnisse wird sie ganz retinirt, also z. B. via oder actus durch das Brauchen als iter, der Ususfruct durch das bloße uti[m]). Aber diese partielle Benutzung muß sich auch wirklich als eine nur graduell geminderte Benutzung der bei der Servitutbestellung beabsichtigten Vortheile darstellen, und nicht etwa dadurch, daß einzelne Elemente der Servitut unbenutzt bleiben, der Charakter der Benutzung gänzlich geändert werden, so daß der Servitutberechtigte nur etwas ganz anderes vornimmt, als was der Wille der Constituenten im Auge hatte. So erklärt es sich, daß nach l. 17 quemadm. serv. am. die serv. haustus gänzlich erlöscht, wenn allein die darin enthaltene Fußwegsgerechtigkeit die Verjährungszeit hindurch benutzt wird, indem diese als eine selbständige Befugniß gar nicht ertheilt ist, sondern nur soweit, als sie zum Schöpfen des Wassers nöthig ist, und eben soweit gar nicht benützt ist. Und erlöscht die serv. haustus, so erlöscht auch ihr adminiculum, das Recht zu gehen. Der Ususfruct kann seiner Theilbarkeit wegen zu einem ideellen Theil durch Nichtgebrauch untergehen[n]).

4) Alle Realservituten, außer den besprochenen Wege- und Wassergerechtigkeiten, erlöschen bis zu Justinians Gesetzgebung nicht schon durch bloßen Nichtgebrauch, sondern neben diesem, der auch hier ganz nach den oben unter 1 dargestellten Regeln zu beurtheilen ist, war weiter erforderlich, daß die dienende Sache zwei Jahre hindurch von Einem und demselben[o]) in der Weise besessen ist, daß aus

---

einander tauschen, doch ihr Recht nicht durch Verjährung verlieren sollen, obgleich doch keiner die Handlungen vornahm, welche ihm die Servitut gestattete. Man wird dies mit Unterholzner a. a. O. S. 224 nur dadurch erklären können, daß jeder, wenn er auch nicht selbst sein Recht übte, doch durch die Uebung desselben Vortheil zog, indem er ja dafür das Recht des Andern üben durfte.

m) L. 20 quib. mod. ususfr. 7, 4; l. 18 de S. P. R. 8, 3; l. 2, l. 8 § 1, l. 9 quemadm. serv. am.

n) L. 25 quib. mod. ususfr. 7, 4.

o) L. 32 § 1 de S. P. U. 8, 2. — Julianus. — . . si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit,

ihrer körperlichen Beschaffenheit die Unmöglichkeit der Ausübung der Servitut während jener Zeit mit Nothwendigkeit hervorgeht. Eines Titels oder der bona fides auf Seiten des Ersitzenden bedarf es nicht, und nur wenn precario vom Servitutberechtigten die Anlegung der servitutwidrigen Vorrichtung gestattet ist, ist dieselbe, so lange das precarium nicht widerrufen ist, suspendirt[p]), jedoch auch nur rücksichtlich der Servitut, deren Innehaber die Erlaubniß ertheilt hat; verletzt die precario gemachte Vorrichtung noch andere Servituten, so erlöschen diese nach Ablauf der Ersitzungszeit[q]). Letztere beginnt immer mit dem Moment, wo die Ausübung der Servitut unmöglich gemacht ist, und da es sich hier um eine Acquisitivverjährung handelt, wird der Grundsatz gelten müssen: dies coeptus pro iam impleto habetur. — Eine Frage, die sich bei einem Blick auf die Anwendung dieses Instituts namentlich hinsichtlich der negativen Servituten alsbald aufdrängt, für die aber die Quellen keine Antwort geben, und die daher unsere Litteratur fast ganz vernach-

---

interpellata usucapio est; is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Unterholzner (a. a. O. S. 234) will dennoch eine accessio temporis gelten lassen, sobald zwischen dem Vorgänger und dem Nachfolger ein rechtlicher Zusammenhang bestehe. Zu Julians Zeiten habe das freilich nur rücksichtlich des Erblassers und Erben gegolten.

p) L. 17 comm. praed. 8, 4.

q) L. 32 de S. P. U. 8, 2. Diese Stelle beweißt auch, wie bona fides oder justus titulus beim Ersitzenden nicht vorhanden zu sein braucht. Man hat jedoch die obige Beschränkung zu Gunsten des precarium dahin ausdehnen wollen, daß auch vis oder clandestinas die Freiheitsersitzung ausschlösse, allein unsers Erachtens ist auch dies unerweislich, vielmehr wird die Analogie jener Fälle, wo eine Servitut wegen Nichtgebrauch erlöscht, trotzdem daß der Berechtigte gewaltsam an der Benutzung verhindert ist (l. 1 § 23 de aq. quot. 43, 20), auch in unserm Falle für den Untergang der Servitut beweisen, zumal die ratio der obigen Ausnahme zu Gunsten des Precariums hier gar nicht zutreffend ist. Ein solches Precarium ist eine sehr nützliche Rechtsbildung, die zu unterstützen ist, und sie wäre für längere Zeit nicht möglich, wenn nicht jene Ausnahme gemacht würde; wird aber mit Gewalt oder heimlich ein servitutwidriger Zustand erreicht, so ist es nur Nachlässigkeit des Berechtigten, wenn er seine Hülfsmittel die ganze Verjährungszeit hindurch unbenutzt läßt.

lässigt, ist die: kann die Freiheit von einer Servitut theilweise ersessen werden, oder ist dies unmöglich und geht deßhalb die Servitut entweder ganz unter, so oft sie auch nur zu einem geringen Theil durch die betreffenden Vorrichtungen unausführbar geworden ist, oder wird sie ganz erhalten, so oft nicht ihre Ausübung ganz und gar unmöglich geworden ist. Nehmen wir das letztere an, so entsteht z. B. bei der serv. altius non tollendi die Schwierigkeit, zu bestimmen, wann ist dieselbe gänzlich vereitelt, wie hoch muß auf dem dienenden Grundstück gebaut werden, damit der Nachbar gar keinen Vortheil mehr aus der Servitut hat, und wo soll da, wenn nicht etwa die Baugesetze des Staats helfend einschreiten, die Grenze sein. Man könnte dahin kommen, einen Bau zu fordern, der bis an die Wolken reicht, denn jede Erhöhung schadet dem Nachbar, und so lange sie nicht geschieht, nutzt er seine serv. altius non tollendi. Will man dagegen Untergang der Servitut, sobald sie auch nur zum Theil verletzt ist, so kommt man zu Resultaten, die den Verkehrsanschauungen und Interessen wesentlich widerstreiten. Denn ein Ziegel des dienenden Hauses so gerückt, daß er die Aussicht in etwas mehr schmälert, die geringste derartige Veränderung am Schornstein vermöchte die ganze Servitut zu untergraben. Man wird sich freilich dagegen, daß die Freiheit theilweise ersessen werden kann, und daß demnach durch den Höherbau von einigen Fuß die Servitut nur aufgehoben wird, soweit sie die Befugniß enthielt, den Höherbau auch für diese wenigen Fuß zu untersagen, wieder auf die Untheilbarkeit der Servituten berufen; — wir glauben jedoch, schon im § 39 S. 352 ff. nachgewiesen zu haben, wie auch in der Art ein theilweiser Untergang der Servituten möglich ist, daß nur einzelne Befugnisse erlöschen, wenn nur die selbständige Benutzung der übrigbleibenden noch gedacht werden kann. Ferner wird man sich auf die Analogie jener Servituten berufen, die in Folge des bloßen Nichtgebrauchs untergehen, und die ganz erhalten werden, wenn sie nur zum kleinsten Theil geübt werden, und ganz erlöschen, wenn dies nicht der Fall ist. Aber auch diese Analogie müssen wir verwerfen. Wir können es nur, wie wir früher (§ 40 S. 367) auseinandersetzten, als eine Singularität auffassen, daß in Folge des bloßen Nichtgebrauchs die Servitut erlöscht; diese Singularität

mindert das Recht, indem es, sobald eine einzelne Ausübungshandlung nachgewiesen ist, und wäre sie noch so gering und nur für einen Theil der dienenden Sache wirksam, die volle Ausübung vermuthet, und das thut es mit um so mehr Grund, als ein Nachweis für alle einzelnen Theile in diesen Fällen oft sehr schwierig und demnach die Servitut gefährdet sein würde, wo in Wirklichkeit die Voraussetzungen des Gesetzes gar nicht vorhanden waren. Die usucapio libertatis ist aber durchaus der Eigenthumsersitzung homogen (s. § 40 S. 361), und daher muß vielmehr die Analogie dieser, als die jener Extinctivverjährung entscheiden, und wie daher Grundstücke nur so weit ersessen werden, als sie besessen werden, so wird auch die in gleicher Weise zerlegbare Freiheit von der Servitut nur soweit erworben werden, als von derselben durch bauliche Einrichtungen Besitz ergriffen ist. Ohnehin hört hier jene Schwierigkeit des Beweises, die bei jener Klasse der Servituten bestimmend war, ganz auf, da es sich hier nicht um schnell vorübergehende Handlungen, sondern um dauernde und anhaltend mit den Sinnen wahrnehmbare Zustände handelt, von denen leicht und sicher der Umfang ihrer Wirkung erkannt werden kann. Endlich wird noch der Umstand, daß die Quellen nirgends davon reden, wie weit die libertas usucapirt sein muß, damit die Servitut untergeht, und daß sie die manchen schwierigen Fragen unberücksichtigt lassen, welche die Consequenzen einer andern Auffassung, als der unsrigen ergeben, während sie so wiederholt die entsprechenden Fragen für den Untergang in Folge von bloßen Nichtgebrauch besprechen, die Vermuthung nahe legen, daß sie von der naturgemäßen und einfachsten Voraussetzung ausgegangen sind, daß die betreffenden Servituten in Folge einer usucapio libertatis immer nur so weit erlöschen, als es durch die Beschaffenheit der dienenden Sache unmöglich geworden ist, sie die Verjährungszeit hindurch auszuüben.

Wir haben seither die Aenderungen außer Acht gelassen, die durch Justinians Gesetzgebung in dieser Lehre von dem Untergang durch Verjährung hervorgerufen sind, und die zu manchen Zweifeln und Controversen Veranlassung gegeben haben. Zunächst, um mit der ältesten hier einschlagenden Constitution zu beginnen, sagt er in

l. 16 C. de usufr. 3, 33, da Streit sei, ob auch die actio personalis auf Bestellung eines Ususfructs in ein oder zwei Jahren wegen Nichtbenutzung erlösche, wolle er dies abschneiden, indem er bestimme: nec ipsum usumfructum non utendo cadere. Denn es könnten so viele Gründe eintreten, welche die Nichtbenutzung rechtfertigten, und es sei hart, daß doch darum der Ususfruct verloren gehen solle, nisi talis exceptio, fährt er fort, usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Dadurch haben sich Manche zu der Annahme bestimmen lassen, Justinian fordere dem Ususfruct gegenüber eine der Eigenthumsersitzung nachgebildete, zehn oder zwanzigjährige Freiheitsersitzung, während Andere, und das ist durchaus die herrschende Meinung[r]), annehmen, Justinian habe für die alte Extinctivverjährung die Fristen ändern wollen, indem diese nicht mehr, je nachdem die usufructuarische Sache eine bewegliche oder eine unbewegliche ist, ein und zwei Jahre betragen sollen, sondern mit Beseitigung dieses Unterschieds, der ja auch bei der longi temporis praescriptio des Eigenthums vor dem erst nach dieser l. 16 erfolgten Erlaß der l. un. C. de usuc. transf. nicht berücksichtigt wurde, fortan, je nachdem der Servitutberechtigte anwesend oder abwesend war, auf 10 und 20 Jahre festgesetzt werden. Es ist weniger der Wortlaut dieses Gesetzes, den man für die letztere Ansicht anführen kann, als die Art und Weise, wie Justinian selbst den Inhalt desselben in l. 13 C. de servit. referirt, indem er dort sagt:

> „Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium; ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut *omnes servitutes non utendo amittantur* non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.

r) Siehe die Literaturnachweisungen bei Vangerow Bd. I § 357.

Nur die Verlängerung der Verjährungszeit hat er darnach beabsichtigt, — den Untergang durch Nichtgebrauch aber hat er nicht beseitigen wollen, indem er dann gewiß nicht zur Bezeichnung der von ihm geregelten Verjährung das technische „non utendo amitti" gebraucht hätte. Auch die Basiliken (XVI, 8, 39) sehen den Zweck der l. 16 nur in der Verlängerung der Verjährungszeit, und aus der Institutionenstelle (§ 3 J. de usufr.), welche von der Verjährung des Usufructs handelt, läßt sich wenigstens nicht das Gegentheil nachweisen, indem das „non utendo *per modum* et tempus", wodurch der Usufruct erlöschen soll, auch nach unserer Ansicht gerechtfertigt ist, da die Gebrauchshandlungen, welche den Usufruct erhalten sollen, doch immer eine bestimmte Qualification, z. B. rücksichtlich der Willensrichtung des Brauchenden haben müssen. Läßt sich daher schon die Einführung der Freiheitsersitzung gegenüber dem Usufruct nicht erweisen, so wird man auch denen nicht beistimmen können, welche, von der entgegengesetzten Auffassung der l. 16 ausgehend, daraus, daß in l. 13 Justinian alle Servituten gleich behandelt, ableiten wollen, er habe seine neue Schöpfung der zehn- und zwanzigjährigen Freiheitsersitzung für alle Servituten einführen wollen.

Damit sind wir aber zu einer andern viel verhandelten Streitfrage gekommen, die sich an die obige l. 13 de serv. anknüpft. Weil nämlich Justinian hier alle Servituten gleich behandelt, und ausdrücklich sagt, er wolle die Unterschiede aufheben, hat man vielfach angenommen, nunmehr müßten alle Servituten durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen, da er nur diese Erlöschungsart erwähne. Von der andern Seite aber hat man behauptet, Justinian spreche hier nur von der Zeitdauer und wolle lediglich diese bei den Erlöschungsarten in gleicher Weise bestimmt haben. Allein dagegen läßt sich doch nicht verkennen, wie der praktische Erfolg dieser Verlängerung der Zeit ein ganz anderer ist, wenn ein zehn- oder zwanzigjähriger Nichtgebrauch, als dann, wenn eine zehn- oder zwanzigjährige Freiheitsersitzung gefordert wird, und bei den strengen Anforderungen, welche das Recht an die letztere stellt, fürchten wir, daß bei solcher Auffassung des Gesetzes die Verjährung überall da, wo usucapio libertatis erforderlich ist, zu sehr erschwert wäre, und vielmehr, als wie

es der Absicht Justinians entsprochen hätte. Denn da, wie wir früher erwähnten, bei dieser Usucapion keine accessio possessionis stattfinden soll, da ferner die Ausübung der Servitut ununterbrochen unmöglich gemacht sein muß, so werden sich, je länger die Verjährungsfristen sind, die Schwierigkeiten unverhältnißmäßig steigern. Dies wird nicht in der Absicht Justinians gelegen haben, und wir werden daher nicht annehmen dürfen, daß er auch für die usucapio libertatis diese Aenderung hat eintreten lassen wollen, die sich bei ihr in so ganz anderer Weise nachhaltig und eingreifend erweißt, wie bei der Extinctivverjährung durch non usus; sie als durch dieses Gesetz für abgeschafft zu erklären, wird man freilich auch nicht berechtigt sein, namentlich da in die Pandekten die ganze alte Lehre aufgenommen ist, während doch die Compilatoren sich gewiß bestrebt hätten, sie zu verwischen, wenn sie durch Justinians Gesetze beseitigt wäre. Da nun aber Justinian doch wieder von allen Servituten redet, und bei allen die neue Verjährungszeit angewandt haben will, so wird nichts anders übrig bleiben, als daß man unter Aufrechterhaltung der alten Vorschriften über die libertatis usucapio daneben noch die Vorschriften der l. 13 auf die Servituten anwendet die ihr unterliegen. Man muß sich nämlich daran erinnern, daß die libertatis usucapio ebenfalls einen Nichtgebrauch zur wesentlichen Voraussetzung hat, und daß deßhalb schon ein klassischer Jurist von einem Untergang städtischer Servituten durch Nichtgebrauch reden konnte (vgl. § 40 S. 359 Anm. e); für dieses eine Element der Verjährung ändert Justinian die Zeitdauer — möglicher Weise ohne sich dessen bewußt zu sein, daß daneben in diesen Fällen noch Freiheitsersitzung nöthig sei, aber deßhalb dann auch ohne den Willen, dies zu ändern, und wo dieser beim Gesetzgeber mangelt wird aus dem bloßen Schweigen desselben über einen Punkt nichts gefolgert werden können. Wir kommen also zu dem Resultate, daß alle Servituten, wenn sie durch Verjährung erlöschen sollen, zehn- oder zwanzig Jahre nicht benutzt sein dürfen, daß aber dies nur bei den Wege- und Wassergerechtigkeiten, so wie beim Ususfruct und Usus genügt, und daß zur Aufhebung anderer Servituten erforderlich ist, daß innerhalb jener Zeit zwei Jahre hindurch die Ausübung durch dauernde Vorrichtungen auf dem dienenden Grundstück unmöglich

gemacht ist, und daß das Grundstück mit jenen Vorrichtungen die zwei Jahre hindurch von Einem und demselben besessen worden ist.

Justinian hat noch eine Verordnung erlassen und zwar wenige Tage nach jener l. 13, die sich mit der Länge der Verjährungszeit beschäftigt und ebenfalls Veranlassung zu Controversen geworden ist, nämlich l. 14 pr. C. de serv. Er berichtet zuerst von einer den „libri Sabiniani" entnommenen Streitfrage über die Länge der Verjährung, falls eine Wegegerechtigkeit in jedem Quinquennium nur an einem Tage geübt werden könne, und führt eine der verschiedenen Meinungen darüber an, wonach die Nichtbenutzung in zehn Jahren die Servitut aufhebe „singulo die quinquennio pro anno numerando". Seine eigene Entscheidung giebt er dann mit Berufung auf seine Verlängerung der Verjährungszeit bis zehn und zwanzig Jahre dahin: ut in proposita specie, si per quatuor quinquennia nec uno die vel ipse vel homines eius eadem servitute uti sunt, tunc eam penitus amittat viginti annorum desidia. Denn wer so lange die Servitut nicht geübt habe, bei dem entstehe das Verlangen darnach erst sehr spät, (sera poenitentia — desiderat) [a]. Wie Justinian

---

a) Sehr spitzfindige, aber unsers Erachtens ganz unrichtige Folgerungen macht Unterholzner (a. a. O. S. 232) aus dieser Stelle. Justinian soll darnach hier durchaus auf dem Boden des alten Rechts stehen bleiben, wonach die Verjährungszeit verdoppelt ward, wenn die Servitut nur an jedem zweiten Tage ausgeübt werden konnte (ja nach Unterholzners Auffassung verdreifacht, vervierfacht u. s. f., wenn es nur an jedem dritten Tage u. s. f. möglich war) und soll diese Verdoppelung hier der Natur der Sache gemäß verwerfen, weil ja innerhalb jedes Quinquenniums, so lange noch nicht geübt ist, jeder Tag zur Ausübung brauchbar sei und also, wenn er nicht benutzt werde, als Unterlassungstag gezählt werden müsse, so daß in zehn Jahren 10 mal 365 Tage abgelaufen seien, wie das Gesetz sie zur Verjährung fordere. Aber dasselbe Raisonnement ist möglich, wenn bestimmt ist, daß ein Monat im Jahre geübt werden soll, da dann auch in jedem Jahr, so lange die Ausübung noch nicht geschehen ist, an jedem Tage geübt werden kann, — und doch sagt die l. 7 quemadm. serv. am., wo Paulus jene Verdoppelung der Verjährungszeit lehrt: Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo, quum uti non potest, non sit usus etc. Darnach war also Verdoppelung schon nöthig, wenn nicht fort-

dazu kommt, quatuor quinquennia als die Verjährungszeit für eine solche Servitut anzunehmen, ist nicht recht ersichtlich, da bei Einhaltung der regelmäßigen Verjährungszeit doch nur in dem Falle der Abwesenheit des Servitutberechtigten vier Quinquennien entstehen und es sonst doch nur zwei sind. Man hat oft gesagt, Justinian denke nur an die Fälle der Abwesenheit, — aber da ist ihm doch, zumal er eben die Dauer der von ihm regulirten Verjährungszeit angegeben hat, eine zu große Nachlässigkeit in der Sprache vorgeworfen, und die Begründung seiner Entscheidung würde sich auch ganz anders ausnehmen, wenn sie auch für eine Verjährung von zwei Quinquennien passen sollte. So auffallend es allerdings bleibt, daß Justinian, wenn er eine neue Verjährungsfrist einführen wollte, dies so kurz abmacht, so wird doch keine andere Erklärung möglich sein, als daß bei solchen Servituten, wie die hier erwähnte, die Verjährungszeit ohne Rücksicht auf die Anwesenheit oder Abwesenheit des Servitutinnehabers zwanzig Jahre beträgt. Welche Servituten nun freilich weiter dieser Kategorie zugewiesen sind, ist bei dem gänzlichen Mangel an innern Kriterien schwer zu sagen, und wird man etwa für alle die Servituten die längere Verjährungszeit in Anwendung bringen müssen, die nicht in jedem Jahre ausgeübt werden können. Justinians Gesetzgebung hat uns also hier fast nur Unsicherheit und Schwanken gebracht, wenngleich es daran auch schon früher nicht fehlte, da, wie eben diese l. 14 C. beweißt, auch die Namen der alten Verjährung für solche, natürlich nur seltene Servituten, die nur in weiten Zwischenräumen ausgeübt wurden, nicht paßten. Daraus, daß die l. 7 quemadm. serv. am. mit den alten Grundsätzen über Verdoppelung der Verjährungszeit in das

---

gesetzt ein Tag nach dem andern die Uebung möglich war, und darum wird sich auch in den obigen Fall eine Verlängerung der Verjährungsfrist nach dem alten Rechte von selbst ergeben haben. Von einer Verdreifachung, Vervierfachung u. s. f. ist auch nirgends eine Spur zu finden, und wohin sollte man sonst auch kommen, wenn z. B. eine Servitut jedesmal nur an einem bestimmten Tage des Jahrs geübt werden könnte, also 364 Tage dazwischen lägen, die nicht als Ausübungstage gerechnet werden dürften, oder gar erst alle Paar Jahr am bestimmten Tage geübt werden dürfte!

Corpus Juris recipirt ist, wird der l. 14 gegenüber nicht das Fortbestehen derselben bewiesen werden können, da bei der Verfahrungsweise der Compilatoren eine solche vereinzelte Stelle zu leicht hinein gekommen sein kann, ohne daß sie sich deren Bedeutung völlig bewußt geworden sind.

Servituten zu Gunsten der Kirchen und milden Stiftungen werden nach Justinian's Nov. 111 c. 1 und Nov. 131 c. 6 erst in 40 Jahren erlöschen, da diese Verjährung unter dem allgemeinen Ausdruck praescriptio von ihm einbegriffen zu sein scheint.

§. 74.

Wegfall eines der Erfordernisse der Realservituten.

In der herrschenden Sache lernten wir früher die Trägerin und Vermittlerin der Realservituten kennen, durch welche nicht nur der Anspruch auf letztere erworben, sondern auch erhalten werden muß, welche den Maaßstab für dessen Umfang bildet, und deren Besitz die Bedingung für die Ausübung der Servitut ist. Wer die herrschende Sache verliert, verliert daher auch die Servitut, und geht jene gänzlich zu Grunde, so muß auch diese damit erlöschen. Doch nur der gänzliche Untergang derselben hebt die Servitut ganz auf; ein theilweiser Untergang muß sie in Gemäßheit der früher für die Theilung der herrschenden Sache aufgestellten Grundsätze (§ 11 S. 103) um eine entsprechende Quote mindern, und eine bloße Umgestaltung der herrschenden Sache bleibt ohne Einfluß auf den Bestand ihrer Servituten[a]).

a) Ihering [Geist des Röm. Rechts Bd. II S. 253] stellt den Satz auf, daß die serv. praediorum urbanorum erloschen seien, sobald das individuelle Gebäude, für welches die Servitut bestellt war, in irgend einer Weise zerstört war, und daß nur die serv. praed. rusticorum am Grund und Boden selbst geklebt hätten, und findet darin den Unterschied zwischen städtischen und ländlichen Servituten. Die Constituenten sollen befugt gewesen sein, die Servitut entweder an den Boden oder an die superficies zu knüpfen und sie damit der einen oder andern Klasse zuzuweisen. Positive Belege für diese Ansicht sollen aus l. 20 § 2 de S. P. R. 8, 2 entnommen werden, wo Paulus sagt:

Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem

Es entsteht aber die Frage, wie verhält es sich damit, wenn durch diese Umgestaltung der herrschenden Sache, oder auch durch

---

specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur; nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur, et ideo sublato aedificio ususfructus interit, quamvis area pars est aedificii.

Allein, wenn hier gesagt wird, aus Nützlichkeitsgründen sei der Satz angenommen, daß die Servitut nicht bloß zu Gunsten des ursprünglichen Hauses, sondern auch zu Gunsten aller später auf derselben Stelle gebauten Häuser ausgeübt werden könnte, falls diese nur durch ihre Bauart die Last nicht vergrößerten, so wird damit keineswegs eine Besonderheit der serv. stillicidii ausgesprochen, sondern etwas, was allen Servituten, die zu Gunsten von Gebäuden bestehen, gemeinsam ist, so daß denn auch Paulus für eine andere strengere Auffassung nicht ein Beispiel aus ihrem Kreise erbringen kann, sondern sich auf den Ususfruct berufen muß. Ebenso kann aus der l. 13 pr. de S. P. R. 8, 3 nichts für die Iheringsche Ansicht gefolgert werden; denn dort sagt Javolen: eine Servitut kann auch für so lange einem Acker erworben werden, als er derselben Art angehört, z. B. ein Weinberg bleibt; denn die Servitut (und nichts deutet darauf, daß bloß von ländlichen Servituten die Rede ist) gehört regelmäßig mehr dem Grund und Boden, als der Superficies (worunter hier also die Einrichtungen begriffen sind, die jetzt den Acker zu diesem speciellen Weinberg machen). Nach Wegnahme der Weinstöcke dauert daher die Servitut noch fort; wenn aber bei der Servitutserrichtung Anderes verabredet ist, so wird dasselbe durch eine exceptio doli mali aufrecht erhalten. — Wäre aber der Sinn dieser Stelle, durch die Constituenten kann jede Servitut zur serv. praediorum urbanorum gemacht werden und erlöscht daher mit Wegräumung der Superficies, so müßte doch der Untergang der Servitut auch unmittelbar mit der Aenderung der herrschenden Sache erfolgen; daraus, daß aus der letztern nur eine exceptio doli mali abgeleitet werden kann, ersehen wir, daß es sich in dieser Stelle nur um die Beifügung einer Resolutivbedingung handelt, welche denn ganz nach den allgemeinen für die Realservituten gegebenen Regeln (vgl. § 19 S. 176) beurtheilt wird. Ihering beruft sich jedoch hauptsächlich auf die ganze Consequenz der römischen Servitutentheorie; aber eben die scheint uns gegen seine Ansicht zu sprechen. Denn nach dieser würden z. B. Servituten niemals zu Gunsten künftiger Gebäude haben bestellt werden können, da sonst zur Zeit bis zur Erbauung des Hauses Realservituten beständen, ohne daß sie von einer herrschenden Sache getragen würden; gleichwohl aber sagt namentlich Pomponius in l. 23 § 1 de S. P. U. 8, 2: Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel acquiri servitus potest. Auch wäre

eine Umgestaltung der dienenden, oder durch Veränderungen, die auf den Grundstücken vorgehen, welche zwischen beiden liegen, die nothwendigen Erfordernisse der Realservituten, als da sind Nützlichkeit, perpetua causa und Vicinität, aufgehoben werden. Wir haben früher [§§ 16—18] gesehen, wie keine Realservitut entstehen kann, welcher eins dieser Erfordernisse fehlt, — die Consequenz verlangt, daß nun auch jede Realservitut alsbald erlösche, sobald eins dieser Erfordernisse durch spätere Ereignisse gänzlich wegfällt. Tritt aber der Ausübung der Servitut nur ein temporäres Hinderniß entgegen, welches sie entweder unbrauchbar, oder doch unnütz macht, aber das Fundament der Servitut nicht gänzlich vernichtet, so ist sie zwar für so lange suspendirt, aber nach Beseitigung des Hindernisses lebt sie wieder auf, vorausgesetzt, daß sie nicht inzwischen durch Verjährung untergegangen ist. Demgemäß sagt Ulpian in l. 6 si serv. vind. 8, 5: wenn eine serv. altius non tollendi bestände und auf dem Grundstück, das zwischen dem herrschenden und dienenden läge, ein Gebäude aufgeführt würde, welches die Aussicht schon völlig verbaue, so könne der Servitutberechtigte nicht hindern, daß nun auch auf dem dienenden Grundstück gebaut werde; wenn aber vor der Ersitzung der Freiheit das zwischenliegende Haus wieder niedergerissen würde, so habe er auch wieder seine Klage auf Niederreißung des servitutwidrig Gebauten. Wir sehen auch hier wieder, daß die Erbauung eines Hauses nicht als eine solche dauernde und unwiderrufliche Umgestaltung des Grund und Bodens erscheint, daß der Möglichkeit, daß das Haus in Kürze wieder verschwindet, keine Rechnung getragen zu werden braucht (vgl. § 70 S. 762).

Iherings Satz dem in Rom allgemein zu Tage tretenden und im Rechte mannigfach anerkannten Streben, die Stadt möglichst mit schönen und eleganten Gebäuden zu schmücken, gewiß oft hemmend entgegengetreten, und die utilitas, auf die sich Paulus in l. 20 cit. für die Fortdauer der Lichtgerechtigkeit zu Gunsten späterer Gebäude beruft, d. h. hier specialisirt, die Interessen der Baupolizei forderten diese Fortdauer für alle Servituten, damit nicht die Servitutberechtigten, wenn sie sich die für ihr Haus vielleicht sehr nöthigen oder doch werthvollen Gerechtigkeiten erhalten wollten, jeden Neubau unterlassen und durch stückweises Repariren und darum in unschöner und oft unzweckmäßiger Weise das alte Gebäude künstlich verewigen mußten.

Den hier aufgestellten Sätzen scheint es aber durchaus nicht zu entsprechen, daß Paulus in l. 7 § 1 comm. praed. 8, 4 und Marcellus in l. 13 quemadm. serv. 8, 6 entscheiden, eine Wegeservitut werde nur suspendirt und gehe vor Ablauf der Verjährungszeit noch nicht unter, wenn das zwischen dem herrschenden und dienenden Grundstück belegene und dem Servitutberechtigten seither eigenthümlich gehörige Grundstück von diesem ohne Vorbehalt der Servitut veräußert werde, so daß die Wegeservitut jetzt nicht mehr zu Gunsten des herrschenden Grundstücks geübt werden könne. Da hier die Servitut gänzlich unbrauchbar geworden ist, und zwar in solcher Weise, daß eine baldige Beseitigung des Mangels durchaus nicht mit Sicherheit erwartet werden kann, zumal solche nicht allein vom Willen des Servitutberechtigten abhängt, sondern von den Eigenthümern der zwischenliegenden Grundstücke, so sollte man glauben, die Servitut müßte alsbald untergehen, und es dürfte nicht abgewartet werden, daß die Befugniß, auch auf dem Zwischenstück zu gehen, in irgend einer Weise erst erworben werde. Die römischen Juristen scheinen aber zu einer andern Ansicht durch die Betrachtung bewogen zu sein, daß, wo eine Servitut errichtet werden kann, da müsse eine errichtete auch fortdauern; nun aber war es meisten Theils unmöglich oder doch höchst umständlich, eine Wegeservitut nach einem bestimmten Ziel hin über die mehreren zwischen liegenden Grundstücke in ein und demselben Moment zu errichten, und doch war die Befugniß jedem einzelnen Grundstück gegenüber unnütz, wenn sie nicht auch an den andern bestand. Es hätte also jede unter der Bedingung bestellt werden müssen, daß auch auf den andern Grundstücken gegangen werden dürfe; bedingte Realservituten aber suchte das Recht durchaus zu vermeiden (vgl. § 19 S. 176), und so nahm es an, daß, wie wir schon früher ausführten, vorläufig intermistische Servituten entständen, die sich erst mit dem Moment, wo auch das letzte Grundstück belastet ward, zu einer einzigen Servitut vereinigten. Wird diese aber wieder dadurch aufgelößt, daß ein Grundstück aus dem Bande ausscheidet, so leben nach den obigen Entscheidungen die früheren intermistischen Servituten wieder auf. Wir können in jenen Stellen daher nur eine singuläre Bestimmung für die Servituten

sehen, die sich über mehrere Grundstücke erstrecken und doch eine Einheit bilden[b]).

---

b) Dahin gehört auch nach dem früher Dargestellten der Fall, wenn eine Wegeservitut in der Weise an zwei Grundstücken besteht, daß jedes derselben einen Theil contribuiren muß, um dem Wege die erforderliche Breite zu geben, nur daß dann, wenn schon eins der Grundstücke so viel hergiebt, daß sich auch darauf allein möglicher Weise eine Wegeservitut üben läßt, die Ausscheidung des andern Grundstücks aus dem Servitutennexus keineswegs zur Folge hat, daß die Servitut auch auf jenen suspendirt wird, vielmehr kann der bleibende schmälere Weg jeder Zeit benutzt werden. Dies erkennt auch Celsus in l. 6 § 1 quemadm. serv. amit. für den besondern Fall an, da nach Bestellung der Servitut das dienende Grundstück körperlich so getheilt ward, daß die Theilungslinie auch den Weg in zwei neben einander herlaufende Wege zerlegte (si per latitudinem viae fundus divisus est; diese Worte ließen allerdings auch noch eine andere Uebersetzung zu, aber der Zusammenhang zeigt, daß nur jener Sinn möglich ist). Dann aber fährt er fort: Certe si is, cui servitus debebatur, alterum ex ea divisione redemerit, num iden minus ea re fundi alterius servitus permanebit? Nec video, quid absurde consecuturum sit eam sententiam fundo altero manente servo, si modo et ab initio potuit angustior via, quam lege finita est, et *adhuc id loci superest in eo fundo, cui remissa servitus non est, ut sufficiat viae. Quodsi minus loci superest, quam viae sufficiat, uterque fundus liberabitur*, alter propter redemtionem, *alter, quia per eum locum, qui superest, via constitui non potest.* Es ist in dieser Entscheidung etwas doppeltes auffallend, einmal nämlich, daß Celsus die Servitut alsbald erlöschen und nicht bloß suspendiren läßt, falls sie wegen Untergang auf dem einen Grundstück auf dem andern nicht mehr geübt werden kann, da es doch immer möglich bleibt, daß sie vor Ablauf der Verjährungszeit auf jenem wieder hergestellt werden kann. Man wird wohl zur Erklärung annehmen dürfen, daß Celsus hier ein anderes Princip, wie die im Text besprochenen Entscheidungen gar nicht aufstellen will, sondern daß er nur den nächsten Erfolg, der auch in den meisten Fällen der einzigste bleibt, im Auge hat: die Servitut darf stets alsbald nicht mehr geübt werden, weil sie keinen Nutzen bringt; daß sie wieder aufleben kann, läßt er außer Acht. Auffallender ist aber noch, daß Celsus überhaupt anerkennt, daß die Servitut wegen Ankauf des einen Grundstücks auf dem andern erlöschen kann, obgleich doch der Berechtigte von dem eigenen Grundstück ebenso viel zu dem Wege zuschießen kann, als er seither vermöge seiner Servitut von demselben in Anspruch nahm, und also die Dienstbarkeit des andern Grundstücks für ihn ebenso nützlich ist, wie früher; für den analogen Fall, wenn der Weg successiv

§. 75.

Die den Personalservituten eigenthümlichen Erlöschungsarten.

Die Personalservituten sind vermöge ihrer rechtlichen Natur stets von ihrer Errichtung an in der Weise an eine bestimmte Person geknüpft, daß sie auf die Lebensdauer derselben beschränkt sind und mit ihrem Tode ipso iure erlöschen[a]). Wie diese Person aber nach der spätern Entwickelung des Rechts keineswegs immer der Berechtigte selbst zu sein braucht, sondern wie man auch einen Ususfruct inne haben kann, der nur mit dem Tode eines Dritten erlöschen soll, geht aus dem § 27 S. 226 und § 28 S. 251 Ausgeführten hervor. Es ist jetzt auch ein Ususfruct möglich, der von vorne herein auf fremden Namen gestellt ist[b]).

Daß für die regulären Personalservituten [Ususfruct und Usus] jede capitis deminutio jener Person, an die sie geknüpft sind, die

---

über mehrere Grundstücke läuft, entscheiden ja auch l. 31 de S. P. R. 8, 3 und l. 15 quemadm. serv. am. 8, 5, daß dann, wenn der Berechtigte eins dieser Grundstücke erwirbt, die Servitut an den andern fortbestehe und zwar, wie die letztere Stelle ausdrücklich sagt, quia toties servitus confunditur, quoties uti ea is, ad quem pertineat, non potest (s. S. 88). Daß Celsus in unserm Fall nun doch die Servitut auch da untergehen läßt, wo sie noch gebraucht werden kann, vermag ich nur dadurch zu erklären, daß er sie in einer allerdings unbeholfenen und der spätern freieren Behandlung des Servitutenrechts nicht entsprechenden Weise unter eine der herkömmlichen Kategorieen unterbringen zu müssen glaubte, und sie allerdings so, wie sie jetzt nur noch an dem einen Grundstück bestand, weder iter noch actus war, da man ja auf dem von ihr geschaffenen Raum weder gehen noch fahren konnte. Da ihr also ein Namen fehlte, verwarf er die ganze Servitut, obgleich sie doch allen Anforderungen entsprach, welche sonst an Realservituten gestellt werden.

a) Vgl. § 12 S. 112. Ueber die wahrscheinliche Ausnahme bei den operae servorum s. § 61 S. 641; über die analoge Ergänzung obigen Satzes für Personalservituten zu Gunsten juristischer Personen s. § 12 S. 115; über die besondern Vorschriften Justinians rücksichtlich der Personalservituten zu Gunsten von Haussöhnen und Sklaven s. § 12 S. 113.

b) Durch Retention beim Verkauf läßt schon Celsus in l. 7 de act. emt. vend. 19, 1 solchen entstehen. Vgl. § 65 S. 713.

gleiche Bedeutung hat, wie deren Tod, ist auch mit Nothwendigkeit aus dem Wesen derselben hervorgegangen. Denn da das ältere Recht die Personalservituten nur in der Weise kannte, daß der Berechtigte selbst nothwendig jene Person war, an die sie geknüpft waren, — ein Verhältniß, das auch immer das regelmäßige blieb, — so konnte, um zunächst die capitis deminutio minima ins Auge zu fassen, kein Usufruct oder Usus mit Haussöhnen oder Sklaven verbunden sein, sondern wenn diese solchen erwarben, so war es, als ob der Vater oder Herr ihn selbst erworben hätte, und er endete mit dessen Tode[c]). Der Träger der Servitut war also dadurch immer ein homo sui iuris und konnte nur in der Weise eine capitis deminutio erleiden, daß er fremder Gewalt unterworfen ward. Damit ging sein gesammtes Vermögen, soweit es nicht unterging, auf seinen künftigen Gewalthaber über, und es hätten also auch die Personalservituten nicht allein diesem als Berechtigten nunmehr zustehen, sondern auch ihr Umfang und ihre Dauer von da an nach dessen Person bemessen werden müssen, wie wenn sie jetzt erst vom Haussohn erworben würden. Hätte das Recht dies zugelassen, so hätte es eine gänzliche Umgestaltung der Servitut ohne die Mitwirkung des Eigenthümers der belasteten Sache gestattet; da es dies nicht wollte, der seitherige Innehaber aber unfähig geworden war, ein Vermögensrecht für sich zu haben, ferner das Auskunftsmittel, daß der Arrogator u. s. w. das Recht ganz so erhielt, wie es beim Adoptivsohn gewesen war, und also einen Usufruct auf fremden Namen inne hatte, noch nicht gefunden war, und da endlich auch das Streben mitwirken mochte, die Anwendung der Personalservituten möglichst zu beschränken, so blieb nichts übrig, als Usufruct und Usus in solchem Falle wegen Mangels eines Trägers untergehen zu lassen. Ganz dasselbe galt da, wo der Servitutberechtigte eine capitis deminutio maxima erlitt, und deßhalb sein Vermögen auf seinen neuen Herrn überging; wurde er nur servus poenae und also Sklave ohne einen Herrn, so war er selbst doch unfähig geworden ein civiles Recht in Anspruch zu nehmen, und mußte schon deßhalb die Servitut erlöschen. Das letztere fand auch dann statt, wenn er

---

c) L. 5 § 1, l. 18 quib. mod. ususfr. 7, 4; l. 17 de usu 7, 8.

eine capitis deminutio media erlitten hatte; aus welchem Grunde er auch Peregrinus geworden war, als solcher konnte er doch nicht mehr mit der Intention auftreten: *ius* mihi est utendi fruendi, und analoge auch für Peregrinen anwendbare Rechtsbildungen, in welches sich sein früheres civiles Recht hätte umbilden können, kannte das ältere Recht nicht und mußte deßhalb die Personalservituten untergehen lassen.

Dies waren die Gründe, in Folge deren das Recht zu dem Satz gelangt war, Ususfruct und Usus erlöschen durch jede capitis deminutio. Es hielt daran fest, auch nachdem die Gründe, die ihn hervor gerufen hatten, zum Theil hinweg gefallen waren, indem dieser Satz schon zu einer der Grundregeln dieser Servituten geworden und mit denselben so verwachsen war, daß die Constituenten ihn bei der Errichtung immer im Auge zu haben pflegten, und man annehmen konnte, daß wenn sie die Mittel nicht benutzt hatten, die das Recht ihnen an die Hand gab, um seine Folgen in dem einzelnen Fall zu vermeiden, er auch in seiner ganzen Consequenz ihrem Willen entspräche. Diese Umgehungsmittel bestanden aber da, wo die Servitut durch Geschäfte unter Lebenden errichtet wurde, darin, daß alsbald für den Fall, daß die zunächst bestellte Servitut durch cap. diminutio erlöschen würde, weitere eventuelle Servituten derselben Art und desselben Inhalts zu Gunsten des deminutus bestellt wurden. Da, wo die Servitut durch letztwillige Verfügung entstand, brauchte bei der Bestellung der weitern eventuellen Servituten gar nicht einmal die Bedingung: wenn der Usufructuar oder Usuar eine capitis deminutio erleiden sollte, ausdrücklich erwähnt zu werden, indem ganz allgemein der Satz galt: die capitis deminutio des Honorirten bleibt ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Legats einer Personalservitut, wenn sie vor dem dies cedes desselben eingetreten ist[d]). In dieser Regel liegt etwas Auffallendes, zumal sie häufig dem muthmaßlichen Willen des Testators gar nicht ent-

d) L. 1 § 1 quib. mod. ususfr. 7, 4. Sed ita demum amittitur capitis deminutione ususfructus, si iam constitutus est, ceterum, si ante aditam hereditatem aut ante diem cedentem quis capite minutus est, constat non amitti.

sprochen haben und sich auf denselben nicht zurückführen lassen wird. Denn wenn darnach auch wohl das Legat zu Gunsten eines Haussohns fortdauern sollte, wenn der Haussohn inzwischen sui iuris ward, wie immer dies auch geschehen mochte, da der Testator sonst ja nicht ihn, sondern seinen Vater genannt haben würde, falls er nur den hätte bedenken wollen, so wird doch da, wo einem homo sui iuris ein Usufruct oder Usus legirt wird, keineswegs haben gesagt werden können, der Testator habe damit auch den bedenken wollen, der etwa später die Gewalt über den Honorirten erwerbe, so daß es seinem Willen entspreche, wenn nunmehr der Inhalt und Umfang des Legats aus der Person dieses letztern bestimmt würden. Vielmehr ist die capitis deminutio eines homo sui iuris ein so seltenes und ungewöhnliches Ereigniß, daß man nicht leicht wird nachweisen können, der Testator habe an sie gedacht, und auch für diesen Fall seine Verfügung getroffen. Wenn nun dennoch der obige Satz von der römischen Jurisprudenz festgehalten wird, so hängt das unsers Erachtens zusammen mit der schon oben besprochenen und in mehrfachen Consequenzen zu Tage tretenden besondern Natur der Legate von Personalservituten, indem selbst da, wo ihnen äußerlich keine Bedingung oder kein Zeitpunkt beigefügt ist, es doch als Bedingung gilt, daß der Honorirte den Moment der Erbschaftsantretung erlebe (vgl. § 66 S. 725), und daher die Gültigkeit des Legats lediglich nach diesem Momente beurtheilt werden muß. Daß die römische Jurisprudenz diesen Gesichtspunkt so ausschließlich hervorhob und nicht auf den Willen der Constituenten im einzelnen Falle mehr einging, mag damit zusammenhängen, daß sich gegen die eingreifenden Wirkungen der capitis deminutio minima, und für solche galt der obige Satz von der Gültigkeit eines Legats wohl nur, eine gewisse Opposition erhob, die mit der ganzen Entwicklung des spätern Rechts zusammen hing.

Um nun also den Untergang eines legirten Usufructs oder Usus durch capitis deminutio dem Erfolge nach zu vermeiden, konnte der Testator nicht nur unter der ausdrücklichen Bedingung, daß der frühere erloschen sei, eine weitere Servitut desselben Inhalts bestellen, und dies mehrmals wiederholen[e]), sondern es genügte schon,

e) Vgl. z. B. l. 3 § 2 usufr. quemadm. 7, 9; l. 8 de ann. leg. 33, 1.

wenn er einen Zusatz machte, wie quoad vivet, da dieser sonst keine Bedeutung hätte [f]), und selbst wenn die Servitut für eine bestimmte Anzahl von Jahren legirt wurde, ward angenommen, der Testator wolle sie für so lange aufrecht erhalten haben, möge auch der Honorirte innerhalb derselben eine Deminution erleiden, und man sah also auch darin Bestellung neuer eventueller Servituten [g]). Aber auch dann, wenn der Testator irgendwie ausgedrückt hat, daß er das Legat sich nicht als einziges, sondern als das einer Reihe von temporär beschränkter, successiver Servituten dachte, indem er z. B. den Usufruct in annos singulos vermacht hat, soll durch die Deminution immer nur die eine Servitut, deren dies cedens schon verflossen, deren Endtermin aber noch nicht eingetreten ist, d. h. der Usufruct für das laufende Jahr verloren gehen [h]), und mit Anfang des folgenden Jahres beginnt der neue Usufruct ganz wie er es ohne die Deminution gethan haben würde, und dasselbe findet statt, wenn die Servitut etwa nur ein um das andere Jahr, Monat oder Tag bestand.

Der Untergang der Personalservituten durch capitis deminutio minima mußte im justinianeischen Rechte, zumal seitdem das Vermögen der Hauskinder nicht mehr nothwendig mit dem des Gewalthabers zusammenfiel, als eine durchaus singuläre Institution erscheinen, für die man in den damaligen Rechtszuständen vergebens nach einem Grunde suchte, und deßhalb verfügte auch Justinian bei seiner Revision der Aufhebungsarten des Usufructs in l. 16 C. de usufr. 3, 33 im § 2 daselbst, ein Usufruct solle nur untergehen mit dem Tode seines Trägers und der capitis deminutio, quae vel libertatem vel civitatem Romanam possit adimere [i]).

Ueber die dem Usufruct eingenthümliche Erlöschungsweise in Folge des Eintritts eines ihm bei der Errichtung gesetzten Endtermins oder einer damals beigefügten Resolutivbedingung haben wir schon oben § 22 S. 193 gesprochen.

---

f) L. 3 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4; l. 62 § 2 de evict. 21, 2.

g) L. 3 pr. quib. mod. ususfr.

h) L. 23 de usufr. leg. 33, 2; l. 1 § 3 quib. mod. ususfr.

i) Vgl. § 3 J. de usufr. II, 4.

Vierte Abtheilung.

Der Rechtsschutz der Servituten.

Vierte Abtheilung.

Der Rechtsschutz der Servituten.

Erstes Kapitel.

Actiones.

§. 76.

Die confessorische Klage.

Aus den Zeiten der alten legis actiones ist uns ein directes Zeugniß über den Servitutenproceß nicht erhalten; doch werden wir aus der Verwandschaft zwischen Eigenthum und Servituten, die auch später bei beiden Instituten ein ähnliches Verfahren hervorrief, darauf schließen können, daß auch auf dem Wege der legis actio sacramento die Frage, ob eine Servitut vorhanden und verletzt sei, zum rechtlichen Austrag kam[a]). Als sich der Formularproceß entwickelte, scheint zunächst nur eine confessorische Formel für den Ujusfruct, so wie eine negatorische gegen Anmaßung desselben aufgestellt zu sein, und erst nach diesem Vorbild werden auch für die übrigen Servituten die Formeln gebildet sein[b]). Nach den bei Gaius und in den Pandekten enthaltenen Andeutungen[c]), so wie nach dem Be-

---

a) Vgl. Keller, der römische Civilproceß § 15.

b) L. 2 si serv. vind. 8, 5. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertineant, tam confessoria, quam negatoria.

c) Gai. IV § 3; l. 5 si ususfr. pet. 7, 6; l. 9 si serv. vind. 8, 5; l. 22 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

richt, welchen Theophilus (zu § 2 J. de action. IV, 6) und Stephanus in seinem Commentar geben, muß die Formel zur Geltendmachung des Ususfructs regelmäßig etwa so gelautet haben:

Titius iudex esto. Si paret Ao Ao ius esse utendi fruendi fundo Corneliano q. d. a. neque Ns Ns arbitratu tuo restituet, quanti ea res erit, Nm Nm condemna, s. n. p. a.

Handelte es sich um positive Realservituten, so lautete die Intention etwa: si paret Ao Ao ius esse eundi agendi in fundo C., oder ex fundo C. aquam ducendi, oder fumum immittendi in domum Ni Ni, oder in Ni Ni agrum aedificare, oder wo nur ein bereits hergestellter Zustand geschützt werden sollte: si paret Ao Ao ius esse in Ni Ni agrum aedificatum habere[d]).

Für negative Servituten werden wir eine doppelte Form der Intention annehmen dürfen. Allerdings wird uns nur eine davon in den Quellen unmittelbar bezeugt, nämlich die: Si paret ius non esse No No invito Ao Ao[e]) aedes suas altius tollere, oder in

---

d) § 2 J. de act. IV, 6; l. 17 comm praed. 8, 4; l. 8 § 5, l. 9 pr. si serv. vind. 8, 5. — Nach Schmidts von Ilmenau Ausführung (in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. XV S. 163) hätten alle Formeln aus dinglichen Servituten den Zusatz: invito No No bedurft, der sich auch in allen für diese Art von Servituten überlieferten Formeln, dagegen nicht in denen, welche auf den Ususfruct gehen, ausgedrückt finde (a. a. O. S. 161). Allein, wie die citirten Stellen zeigen, ist er auch da, wo positive Realservituten confessorisch eingeklagt werden, nicht erwähnt, und er ist auch nicht aus bloßem Zufall und als Selbstverständniß weggelassen, sondern ein Bedürfniß war unsers Erachtens für denselben hier gar nicht vorhanden. Denn daß, wie Schmidt annimmt, die Zuständigkeit der Servitut grade gegen diesen Beklagten erwiesen werde, war so wenig nöthig, wie etwa die Intention: si paret, hanc mensam meam esse, des Zusatzes invito No No bedurfte; — es handelte sich ja um ein absolutes Recht, das, wenn einmal seine Existenz bewiesen war, jedem und auch dem Beklagten gegenüber wirksam war, das aber zu seiner nothwendigern Voraussetzung keineswegs irgend eine besondere Beziehung auf die Person des Beklagten hatte, so daß deren auch nicht, so lange es sich in der Formel noch um den Nachweis der Servitut handelte, erwähnt zu werden brauchte.

e) Dieses Zusatzes bedurfte es hier, weil die bloße Negation des Rechts des Ns Ns dem As As noch kein Recht zur Klage giebt. Es wird durch

agro C. aedificare, oder aedificatum habere, oder in eo loco ea posita habere f). Auf die andere weißt nur die Analogie der negatorischen Klage hin. Denn während diese, sobald sie negativen Servituten z. B. der serv. altius non tollendi entgegentrat und deßhalb positiv gefaßt sein mußte [Si paret ius Ao Ao esse altius tollere invito No No] g), nur in einer Form überliefert wird, bestanden für den Fall, wo sie positiven Servituten entgegen trat, zwei Formen, die eine, welche rein das gegnerische Recht negirte: Si paret ius non esse Ao Ao invito No No in fundo C. eundi agendi, aquam immittendi u. s. w. h), die andere, welche positiv das Recht zu verbieten in Anspruch nahm: Si paret Ao Ao ius esse prohibere Nm Nm altius tollere, oder prohibere Nm. Nm. uti frui i). Eine entsprechende Formel mag auch für die confessorische Klage gegeben sein, falls sie eine negative Servitut schützen sollte, und etwa gelautet haben: Si paret Ao Ao ius esse prohibendi Nm Nm aedes suas altius tollere. Daß sich freilich an diesen Unterschied materielle Folgen geknüpft haben, und daß bald nur die eine, bald nur die andere dieser beiden Formeln gebraucht werden konnte, läßt sich mit

---

diesen Zusatz der Richter angewiesen, die Activlegitimation zu prüfen, wie derselbe auch bei den negativ gefaßten negatorischen Klagen zu gleichem Zweck verwendet wird.

f) L. 4 de S. P. U. 8, 2; l. 15 de O. N. N. 39, 1; l. 1 § 4 de remiss. 43, 25.

g) L. 4 § 7 si serv. vind.; l. 15 de O. N. N. 39, 1. Das invito No. No. rechtfertigt sich hier dadurch, daß nur untersucht werden soll, ob der Verklagte eine serv. altius non tollendi hat, nicht ob überhaupt zu Gunsten irgend jemandes eine an dem Grundstück des Klägers besteht. Deßhalb durfte Schmidt diese Formel nicht benutzen, um seine Behauptung für die confessorische Klage zu rechtfertigen.

h) L. 36 de S. P. U. 8, 2; l. 8 § 5, l. 9 pr., l. 11 si serv. vind. 8, 5.

i) L. 5 pr. si ususfr. petat., l. 11 si serv. vind. Vgl. den von Zachariä von Lingenthal in der Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. XII S. 260 ff. mitgetheilten Auszug aus einem wahrscheinlich vom Antecessor Stephanus stammenden Digestencommentar.

unsern Hülfsmitteln nicht erweisen[k]); doch ist solches auch kaum wahrscheinlich, vielmehr können wir auch sonst eine gewisse Dehnbarkeit und Mannigfaltigkeit in den Formeln bemerken, welche um so begreiflicher ist, als das prätorische Recht, dem sie angehören, den streng formalen Charakter immer mehr zurücktreten ließ und auf die gebrauchten Worte nicht allzu großes Gewicht legte. Nun hatte es vielleicht von Anfang an die beiden Formeln um mehrerer Bequemlichkeit willen aufgestellt, vielleicht aber ward die zweite auch allein durch die Praxis ausgebildet und der Prätor ließ das geschehen, weil die Einkleidung in die negirende Form in manchen Fällen zu umständlich war, und sich die Streitfrage nicht kurz und einfach genug damit bezeichnen ließ. — Diese Formeln wurden die Grundlage für die Theorie dieser für den Servitutenschutz bestimmten Klage, deren Namen bald confessoria actio bald auch vindicatio oder petitio servitutis war[l]).

Als Kläger darf nur der auftreten, welcher selbst sagen kann: ius mihi est; also um eine Personalservitut der jedesmalige Inneshaber, mag sie für ihn bestellt oder ihm von dem ursprünglichen Subjecte übertragen sein (§ vgl. 27 S. 226), während der, welchem nur die Ausübungsbefugniß ertheilt ist, auf seine Klagen gegen den Auctor angewiesen ist, falls er nicht etwa als dessen Stellvertreter zur Klage legitimirt ist. Um die Klage auf Grund von Realservituten erheben zu können, muß man Eigenthümer des angeblich herrschenden Grundstücks sein[m]). Doch genügt Miteigenthum, indem der Untheilbarkeit der Servituten wegen durch Erhebung der Klage Seitens Eines der mehreren Berechtigten die ganze Servitut in iudicium deducirt wird[n]). Ferner wird man aber auch, wenn die

---

k) Vergl. gegen Zachariäs Ausführungen a. a. O. den Aufsatz von Schmidt von Ilmenau in derselben Zeitschrift Bd. XV S. 149 ff.

l) L. 2 pr. § 1, l. 4 § 5 si serv. vind 8, 5.

m) L. 1, l. 2 § 1 si serv. vind. 8, 5; arg. leg. 16 und 17 de except. 44, 1

n) L. 4 § 3, l. 6 § 3 si serv. vind. Doch wenn er die Sache schlecht führt und in Folge dessen eine begründete Servitut dem gemeinsamen Grundstück abgesprochen wird, so haben die anderen Interessenten eine actio de dolo gegen ihn, wenn er aus Arglist also handelte und etwa mit dem Verklagten

Quellen es auch nicht ausdrücklich erwähnen, Besitzer des herrschenden Grundstücks sein, beziehungsweise zur Zeit der Störung gewesen sein müssen, indem man nur dann im Stande ist, den Ertrag der Servitut, wie es das Wesen der Realservituten fordert, unmittelbar auf das herrschende Grundstück zu verwenden, und man, wenn man dies nicht kann, keinerlei Ausübung beanspruchen und also auch durch keinerlei servitutwidrige Handlung gestört werden kann. Außer dem Eigenthümer soll aber auch der Superficiar, der Emphyteut und der Pfandgläubiger die confessorische Klage wenigstens utiliter erheben können[o]), sie alle aber auch nur, wenn sie die herrschende Sache detiniren und die fragliche Servitutbefugniß in den Kreis der ihnen zustehenden Herrschaft fällt[p]). Durch das Recht des Emphyteuten und des Pfandgläubigers wird in solchem Falle ohnehin der Anspruch des Eigenthümers auf die Servitut für die Dauer ihres Rechts suspendirt[q]); und sie allein werden daher die Möglichkeit, zugleich aber auch in Folge des Obligationsverhältnisses die Verpflichtung haben, die Servituten der Sache durch Benutzung zu erhalten, beziehungsweise das Recht auf diese, wenn sie gehindert wird, zur gerichtlichen Anerkennung zu bringen.

Der Usufructuar hat, wie wir früher sahen, ebenfalls Anspruch

---

colludirte; kann ihm aber nur Culpa vorgeworfen werden, so sollen doch die anderen Interessenten nach Marcians Ausspruch in l. 19 h. t. keinen Schaden erleiden, und wird ihnen daher wohl durch Restitution zu helfen sein.

o) L. 16 de serv. 8, 1; l. 3 § 3, l. 9 de O. N. N. 39, 1; l. 1 § 9 de superf. 43, 18; l. 1 § 5 de remiss. 43, 25.

p) Ist z. B. dem Emphyteuten durch das Errichtungsgeschäft jede bauliche Veränderung auf dem emphyteutischen Grundstück untersagt, so kann er nicht Servituten beanspruchen, die nur die Vornahme von Bauten dort befördern sollen.

q) In Beziehung auf die Emphyteusis folgt es aus dem § 34 S. 298 und § 63 S. 695 Ausgeführten; in Beziehung auf den Pfandgläubiger geht es daraus hervor, daß der Eigenthümer, sobald jener die Sache zum Faustpfand hat, den Besitz derselben mit allen Interdicten verliert, nur daß er durch den abgeleiteten Besitz des Pfandgläubigers noch die einmal begonnene Usucapion fortsetzt (vgl. von Savigny, Recht des Besitzes § 24). Besitzt er aber nicht die herrschende Sache, so kann er auch nicht die confessorische Klage anstellen.

auf Ausübung aller oder gewisser Servituten, welche der usufructuarischen Sache zustehen; durch diesen Anspruch wird aber der des Eigenthümers nicht für die Dauer seines Rechts gänzlich aufgehoben, sondern er kann auch diese Servituten stets so weit benutzen, als der Usufructuar u. s. w. sie nicht benutzt, und muß deßhalb auch während der Dauer des Usufructs seine confessorische Klage behalten, um jeder Zeit seinen Anspruch realisiren zu können. Ferner ist aber auch der Usufructuar rücksichtlich des Besitzes der körperlichen Sache Stellvertreter des Eigenthümers, der ja civiler Besitzer bleibt, und deßhalb ist eine Störung des Usufructuars zugleich auch eine Störung des Eigenthümers, zumal da um der Gefahr willen, daß die Servitut in Folge dieser Störung durch Verjährung erlöscht, sein Interesse wesentlich in Spiel kommt; daraus folgt, daß er auch schon um Störungen willen, die der Usufructuar erleidet, eine confessorische Klage behalten muß. Hätte nun der Usufructuar dieselbe ebenfalls gehabt, so wäre von zwei verschiedenen Seiten her ein und dieselbe Klage möglich gewesen, worin jeder der beiden Kläger dasselbe dingliche Privatrecht mit derselben Formel für sich in Anspruch genommen hätte, — ein Resultat, welches das Recht nicht zulassen durfte [r]). Vielmehr wird der Usufructuar immer nur auf Anerkennung seines Usufructs klagen können; dieser wird aber verletzt, wenn die usufructuarische Sache nach irgend einer Seite hin beeinträchtigt wird, und also auch durch Störungen der ihr zustehenden Servituten, so daß auch dadurch die Klage aus dem Usufruct hervorgerufen wird [s]). Daß ein darauf ergehendes Urtheil den Eigenthümer der usufructuarischen Sache weder zum Vortheil noch zum Nachtheil dienen kann, erwähnten wir schon oben § 34 S. 298.

Um festzustellen, was der Kläger zur Passivlegitimation grade

---

r) Wenn Julian nach seiner l. 2 de O. N. N. 39, 1 und nach Ulpians Bericht in l. 1 § 4 de remiss. 43, 25 auch dem Usufructuar die Vindication der Servituten zugesprochen hat, so hat man mit Recht angenommen, daß er damit nur eine Stellvertretung für den Eigenthümer habe zulassen wollen, zumal er auch diese Vindication der Servituten nicht gegen den Eigenthümer selbst gestatten will.

s) L. 1 pr., l. 5 § 1 si ususfr. pet. 7, 6.

dieses Beklagten erweisen muß, werden wir zwei verschiedene Functionen der confessorischen Klage zu unterscheiden haben. Die Klagformel stellte als Bedingung der Verurtheilung allgemein auf: si neque Ns Ns arbitratu tuo restituet; damit konnte einmal gefordert sein, der Verklagte solle den Schaden ersetzen, den er in der Vergangenheit dem Kläger durch Verletzung seines Rechts herbeigeführt habe, und zweitens, er solle ihn für die Zukunft in die factische Möglichkeit versetzen, seine Servitut zu üben. Um letztere Function zunächst ins Auge zu fassen, so muß der Kläger, stellt er ihrethalben die Klage an, sich außer Stande befinden, durch eigene Kraft die Ausübung vorzunehmen, also namentlich den Quasibesitz verloren haben, und es muß ferner der Beklagte seiner Seits in dem factischen Verhältniß zur belasteten Sache stehen, um die Servitutausübung ermöglichen zu können, indem er etwa die belastete Sache, oder doch die beanspruchte Servitutbefugniß zur Zeit inne hat[t]). Wo also die confessorische Klage diese Function hat, gestaltet sich die Besitzfrage ganz analog dem Eigenthumsprocesse; der Kläger muß erweisen, daß der Verklagte sich in jener factischen Möglichkeit zu restituiren befinde, und diese factische Möglichkeit, also das servitutwidrige Innehaben der belasteten Sache oder einer einzelnen Eigenschaft derselben Seitens des Verklagten, genügt auch schon, um die Klage zu begründen[u]); es ist gleichgültig, wie Letzterer dazu gelangt ist, ob er wissentlich oder doch culposer Weise selbst den servitutwidrigen Zustand hergestellt hat, oder ob er durch Zufall und ohne eigene Schuld in dieses Verhältniß gekommen ist[v]). Hat er dafür doch auch die Möglichkeit,

---

t) Dies erleidet nur durch die Untheilbarkeit der Servituten die Modification, daß mit der confessorischen Klage gegen den, welcher nur zu einer ideellen Quote die dienende Sache besitzt und also die Servitutausübung allein nicht erwirken kann, doch die ganze Servitut geltend gemacht wird. Ergeht das arbitrium gegen ihn, so muß er es den Mitinteressenten gegenüber durchsetzen, daß der Servitutberechtigte nicht mehr gestört wird, widrigenfalls ihn die Condemnation trifft, natürlich seines Regresses an die Mitbesitzer vorbehaltlich. Vgl. l. 4 § 4 si serv. vind.

u) L. 5 § 1 si ususfr. pet.

v) So kann der Innehaber eines trotz einer serv. altius non tollendi höher gebauten Hauses verklagt werden, auch wenn sein Vorgänger den Bau

sich in soweit von der Klage durch Ueberlassung des Quasibesitzes an den Kläger alsbald frei zu machen[w]). Analog dem Eigenthumsprocesse wird auch der freigesprochen, welcher während des Processes ohne Arglist den Besitz der belasteten Sache und damit die Restitutionsmöglichkeit verliert, während dagegen jeder haftet, der sich dem Kläger gegenüber arglistig als Besitzer gerirt und damit den Proceß absichtlich auf sich gezogen hat (qui liti sese obtulit), oder den Besitz doloser Weise aufgegeben hat[x]). Die confessorische Klage ist aber in der seither behandelten Function nicht nur da anwendbar, wo der Kläger ganz außer Besitz der Servitut ist und der Beklagte die entsprechenden Eigenschaften sämmtlich servitutwidrig inne hat, sondern auch da, wo dem Kläger nur einzelne Elemente der Servitut entfremdet sind, oder doch nur einzelne derselben vom Verklagten inne gehabt werden[y]). Die confessorische Klage entspricht nicht nur der Vindication des Eigenthums, sondern auch der negatorischen Klage, in so fern diese gegen Anmaßung einzelner Elemente des Eigenthums Schutz gewährt.

Soweit die confessorische Klage Ersatz wegen früherer Störung in der Ausübung der Servitut bezweckt, soweit ist die Frage nach dem Besitz gänzlich gleichgültig[z]). Soweit aber ist auch vom Kläger zu erweisen nicht nur, daß von diesem Beklagten die Störung aus-

vornahm (l. 15 si serv. vind. 8, 5, vgl. auch l. 18 daselbst); nur wird er dann nicht selbst den alten Zustand wieder herzustellen brauchen, sondern muß sich nur die Herstellung gefallen lassen.

w) Vgl. § 62 S. 650, 661, 667.

x) L. 5 § 5, l. 6 si ususfr. pet. 7, 6. Ebenso, wie im Eigenthumsprocesse, kann es da, wo die Servitut beweglichen Sachen gegenüber geltend gemacht werden soll, die mit andern Sachen verbunden sind, erforderlich sein, daß zunächst eine actio ad exhibendum auf Loslösung angestellt wird.

y) Arg. leg. 4 § 5 si serv. vind.

z) L. 6 § 1, l. 9, l. 10 § 1 si serv. vind.; l. 1 § 25 de aqua quot. 43, 20. Vgl. l. 3 § 4 und § 12 ad exhib. 10, 4. Zum Schutz des Ususfructs wird die confessorische Klage in dieser Weise im Ganzen seltener benutzt, weil dem Usufructuar eine Reihe von andern vortheilhafteren Klagen gegeben ist, um sich gegen Verletzungen seines Rechts zu sichern (s. § 78); daß er aber doch, auch wenn er im Quasibesitz ist, die confessorische Klage brauchen kann, sagt Ulpian in l. 5 § 6 si ususfr. pet.

gegangen ist, sondern auch, daß ihm solche imputirt werden kann, indem er arglistig oder wenigstens culposer Weise solche Handlungen auf oder mit der dienenden Sache vorgenommen hat, daß die Ausübung der Servitut zeitweilig oder für immer weniger vortheilhaft oder gänzlich unmöglich geworden ist. Die confessorische Klage hat dann eine ähnliche Function, wie bei Verletzung des Eigenthums die aquilische Klage und die sonstigen zum Schutz gegen widerrechtliche Verletzungen körperlicher Sachen gegebenen Rechtsmittel, und wird daher auch derselben Voraussetzungen bedürfen. Wenn daher z. B. in l. 18 si serv. vind. gesagt wird, der Herr müsse für den Schaden einstehen, welchen seine Sklaven durch Störung einer Wasserleitungsservitut herbeigeführt hätten, so wird die confessorische Klage, soweit sie auf Schadenersatz geht, doch nur als Noxalklage gegen ihn angestellt werden können, und er sich also durch noxae deditio frei machen dürfen. Dieselbe Analogie wird auch für die Frage entscheiden müssen, wie weit der Erbe für die Verletzungen seines Erblassers einstehen muß. Durch diese Function der confessorischen Klage kann es denn auch geschehen — und dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von der Vindication körperlicher Sachen — daß sie noch nach dem Untergang der Servitut auch in solchen Fällen vom früheren Servitutberechtigten angestellt werden kann, wo der Verklagte durchaus nicht als fictus possessor aufgefaßt werden kann, sondern überall, wo er, mag er Besitzer gewesen sein oder nicht, die Servitut verletzt oder vernichtet hat. Das wird z. B. dadurch anerkannt, daß die confessorische Klage zum Schutz eines Usufructs noch nach Eintritt des Endtermins zugelassen wird, der ihm von Anfang an gesetzt war [aa]), und daß sie von den Erben wegen Verletzungen des Usufructs ihres Erblassers erhoben werden kann [bb]). Doch nur da, wo lediglich durch fremde Schuld und fremde That die Servitut vernichtet ist, kann man mit der confessorischen Klage auf Schadenersatz klagen; hat ein Dritter nur ein augenblickliches Hinderniß herbeigeführt, das der Servitutberechtigte jeder Zeit mit

---

aa) L. 60 de usufr. 7, 1; l. 48 de usur. 22, 1; l. 6 de usu leg. 33, 2.

bb) L. 36 § 2 de usufr. 7, 1; l. 5 § 4.

eigener Kraft oder auf dem Wege Rechtens beseitigen konnte, das er aber die Verjährungszeit hindurch nicht beseitigt hat, so daß die Servitut deßhalb zu Grunde ging, so hat er sich dies Resultat selbst zuzuschreiben, und hat daher keine Klage [cc]).

Eine eigenthümliche Function hat die confessorische Klage bei der serv. oneris ferendi, indem da das restituere, welches vom Verklagten gefordert wird, in der Ausführung von Bauten auf dem belasteten Grundstück besteht (vgl. § 6 S. 55); deßhalb kann sie in so weit auch nur gegen den angestellt werden, welcher rechtlich befähigt ist, dort bauliche Veränderungen zu treffen, also gegen den Eigenthümer, nicht aber gegen einen etwaigen Usufructuar [dd]); dieser wird dann vom Eigenthümer mit der Klage aus der usufructuarischen Caution angehalten werden müssen, die Ausführung des Baus zu dulden, da dessen Verhinderung gegen die bona fides wäre. Wie gegen die mehreren Miteigenthümer des belasteten Hauses insgesammt geklagt werden muß, weil kein Einzelner allein zur Vornahme der Reparatur berechtigt ist, siehe oben S. 63.

Hat der Kläger die Activ- und Passivlegitimation zur Klage erwiesen, so bleiben dem Verklagten alle Vertheidigungsmittel, wie sie analog gegen eine Eigenthumsvindication, beziehungsweise gegen die Klagen möglich sind, welche den Eigenthümer gegen eine Verletzung seiner Sache schützen sollen: er kann deßhalb darlegen, wie die Servitut des Klägers, ehe die angebliche Störung stattgefunden habe, untergegangen sei, wie er, der Verklagte, auf Grund eines Forderungsrechtes an den Kläger oder eines bessern dinglichen Rechts oder einer besondern Erlaubniß des Servitutberechtigten [ee]) also gehandelt, beziehungsweise die betreffende Eigenschaft der Sache inne habe, oder wie er Retentionseinreden geltend machen könne. Vermochte er eine derartige Vertheidigung nicht zu führen, so kam es

---

cc) Wenn er jedoch durch den Eigenthümer der belasteten Sache arglistiger Weise veranlaßt ist, die Servitut die Verjährungszeit hindurch nicht auszuüben, so wird er Restitution ex capite doli gegen die Verjährung erlangen können (l. 8 § 4 si serv. vind. 8, 5), und damit lebt denn auch die Klage wieder auf.

dd) L. 1 § 1 de S. P. U. 8, 2.

ee) L. 5 de S. P. U. 8, 2; s. § 4 S. 31.

zunächst zum Arbitrium, worin ihm die Restitution auferlegt wurde. So lange der Quasibesitz als solcher noch nicht mit einem besondern Rechtsschutz versehen war, bedurfte es da, wo vom Verklagten die Einweisung in die Ausübung der Servitut geschehen sollte, besonderer Mittel, um diese zu einem wirksamen und verpflichtenden Acte zu machen; der Verklagte hätte ja sonst die Ausübung nur so lange geschehen zu lassen brauchen, als die Wirksamkeit dieses Arbitriums dauerte und er also bei Nichtbeachtung desselben Condemnation befürchten mußte (vgl. § 51 S. 475). Nach Ablauf dieser Zeit hätte er immer von Neuem seine Störungen beginnen können, und der Servitutberechtigte dann wieder einen ganz neuen Proceß erheben müssen, in welchem er sich auf den früheren nicht hätte berufen dürfen. Deßhalb wird hier durch Cautionen geholfen sein, in denen der Verklagte, wenn er sich gegen Condemnation sichern wollte, versprechen mußte, die Servitutausübung nicht mehr zu stören, so daß der Berechtigte, falls er doch wieder von ihm verletzt wurde, nicht mehr auf die Servitut selbst, sondern nur auf diese Caution zurückzugehen brauchte. Seit Ausbildung des Quasibesitzes hat der Berechtigte, falls der Beklagte restituirt, in den quasipossessorischen Rechtsmitteln einen entsprechenden Schutz wie der Eigenthümer, falls ihm der Besitz seiner Sache nach erhobener Vindication auf Grund eines Arbitriums vom Beklagten überlassen wird, und so wenig, wie in letzterm Falle, wird es dort regelmäßig einer Cautionsbestellung bedurft haben. Nur da, wo die Einweisung in die Quasipossessio nicht alsbald genügend geschehen konnte, weil etwa die Ausübung periodisch war und erst in einiger Zeit eine neue Ausübungshandlung fällig war, wird auch später noch Caution haben bestellt werden müssen. Ebenso blieb dies bei einer serv. oneris ferendi nöthig, wenn die Bauten, zu denen der Verklagte verpflichtet war, nicht alsbald so ausgeführt werden konnten, daß sie für eine Reihe von Jahren voraussichtlich genügten; denn dieser persönliche Anspruch konnte nicht durch die quasipossessorischen Rechtsmittel geschützt werden. War eine Servitut, der von vorne herein ein Endtermin beigefügt war, eine Zeit lang gänzlich gestört worden, so konnte die Restitution nicht etwa in der Weise geschehen, daß nachträglich eine eben solche Servitut von dem Endtermin oder, wenn dieser schon verflossen,

von jetzt an für so lange Zeit, als die Störung gedauert hatte, zu Gunsten des Klägers bestellt wurde, vielmehr wäre diese neu constituirte Servitut ein durchaus anderes Object, als das eingeklagte gewesen, mit dem sich der Kläger daher auch nicht abfinden zu lassen brauchte[ff]). Ist aber die Zeit, für welche die Servitut ursprünglich bestellt war, noch nicht abgelaufen, letztere aber doch durch Schuld des Verklagten untergegangen, so wird es mit zur Restitutien gehören, daß für die noch übrige Zeit eine neue Servitut desselben Inhalts, wie die untergegangene, bestellt werde; doch soll dann der Verklagte auch noch de evictione caviren müssen für den Fall, daß etwa in der Zwischenzeit, wie die Servitut nicht mehr existirte, ein anderes dingliches Recht erworben wäre, welches das später bestellte zu stören vermöchte[gg]).

Verweigert der Verklagte die Restituton, oder ist sie bereits unmöglich geworden, so erfolgte die Verurtheilung allgemeinen Regeln gemäß dahin, daß dem Kläger der ökonomische Werth zu ersetzen ist, um welchen sein Vermögen durch die Verletzung der Servitut ärmer geworden ist (id, quod interest — omnis causa)[hh]). Es wird derselbe regelmäßig als fructus der Servitut bezeichnet[ii]) und durch Feststellung des Ertrags der Servitut unter Abzug der nöthigen Gewinnungskosten und sonstigen Lasten des Berechtigten[kk]) ermittelt. Dabei kann es sich unter Umständen ergeben, daß gar kein Geldinteresse verletzt ist und daher auch nicht ersetzt zu werden braucht; — das sind solche Fälle, wo es sich nicht um den ganzen Bestand der Servitut, sondern nur um einzelne Störungen handelt, die zu einer Zeit geschehen sind, wo die Servitut keinen Vortheil gewährte, gegen die aber der Berechtigte Klage erhob, um sich sein Recht für die Zukunft, wo es nutzbringender sein wird, sicher zu stellen[ll]). Hat

ff) L. 6 de usufr. leg. 33, 2.

gg) L. 5 § 6 si ususfr. pet. 7, 6.

hh) L. 5 § 1, § 5 si ususfr. pet.

ii) L. 5 § 4 daselbst; l. 6 pr. de oper. 7, 7; l. 4 § 2 si serv. vind.; l. 19 de usur. 22, 1.

kk) L. 6 § 3 de oper. 7, 7.

ll) Arg. leg. 6 § 1 de oper.; l. 5 § 7 si ususfr. pet.

einer von mehreren Miteigenthümern der herrschenden Sache allein geklagt, so soll die Condemnation nur zu dem Theile erfolgen, zu welchem er berechtigt ist[mm]).

Wird während des Processes um eine Realservitut die herrschende Sache oder in einem solchen Proceß, wo es sich um Anerkennung irgend einer Servitut und um die Einweisung in die Quasipossessio derselben handelt, die dienende Sache veräußert, so wird Seitens des Erwerbers, wenn er den Proceß aus freien Stücken fortsetzen will, ein Antrag auf Zulassung gestellt werden müssen (reassumtio litis), in Folge deren er ganz in die Rolle seines Vorgängers je nach Umständen als Kläger oder als Beklagter eingesetzt wird; will aber die Gegenpartei den Proceß fortgesetzt haben, so hat sie auf Erlaß einer citatio ad reassumendum an den neuen Erwerber der Sache zu dringen, die derselbe befolgen muß, weil jene, wenn sie Verklagte ist, ein Recht auf völlige Freisprechung hat, und wenn sie Klägerin ist, durch Fortsetzung des Processes gegen den seitherigen Gegner ihr Ziel nicht mehr erreichen kann[nn]).

§. 77.

Die Publicianische Klage.

Wie eine ausdrückliche Bestimmung des Prätors, die wahrscheinlich erst zur Zeit der spätern klassischen Juristen erlassen wurde, die Publicianische Klage für die Servituten anwendbar machte, haben wir schon früher § 62 S. 667 ausgeführt. Zunächst sollte sie zulässig sein, wenn die Servitut quasitradirt war, und dem ganzen Charakter dieser Klage gemäß wird der Kläger keine andere Qualification des Quasitradenten haben erweisen müssen, als daß derselbe im Besitz der belasteten Sache, beziehungsweise, wenn es sich um einen ursprünglich für einen Andern, als für den Kläger, bestellten Usufruct handelt, im Quasibesitz dieses Usufructs gewesen sei. Bei der spätern Entwicklung des Servitutenrechts, welche Entstehung von Servituten durch den bloßen Vertrag zuließ, wird, wie wir auch

---

mm) L. 4 § 3 si serv. vind.

nn) Vgl. Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses S. 27.

schon § 64 S. 709 angaben, eine förmliche Quasitradition nicht mehr nöthig gewesen sein, sondern es genügt, daß mit dem Besitzer der körperlichen Sache, beziehungsweise des Ususfructs, ein Errichtungsgeschäft abgeschlossen und später die Servitut in irgend einer Weise ausgeübt ist. Der Verklagte wird dann zu seiner Vertheidigung geltend machen können, wie der Auctor des Klägers gar nicht zur Servitutbestellung berechtigt gewesen sei, und wie dagegen er, der Verklagte, Eigenthümer der angeblich dienenden Sache oder doch an derselben in der Art dinglich berechtigt sei, daß er die den Kläger störenden Handlungen vornehmen dürfe. Der Kläger wird dagegen in der Replik einwenden können, daß auch der Verklagte aus irgend einem Grunde die Handlungen seines, des Klägers, Auctor anerkennen müsse. Ob der Verklagte sich auch damit vertheidigen kann, daß er die bona fides des klägerischen Quasibesitzes bestreitet und behauptet, derselbe habe gewußt, daß er keine Servitut habe, kann zweifelhaft erscheinen. Für die Zulässigkeit dieses Vertheidigungsmittels scheint alsbald die Analogie der Publicianischen Klage zum Schutz des Besitzes körperlicher Sachen zu sprechen, die bona fides für den Kläger fordert; allein bedenkt man, daß die Klage in ihrer ursprünglichen Anwendung dazu dienen sollte, einen Usucapionsbesitz zu schützen, indem sie von der Fiction ausging, daß die Verjährungszeit schon abgelaufen sei, so kann man geneigt werden, anzunehmen, daß bona fides dort nur verlangt werde, weil sie auch ein Requisit der Usucapion körperlicher Sachen ist, und sie deßhalb, wo es sich um Schutz des Servitutenbesitzes handelt, nicht gefordert werden könne, weil sie auch nicht zur Servituterſitzung nöthig ist. Dagegen kann man jedoch unsers Erachtens geltend machen, daß nur die Usucapion, nicht die longi temporis praescriptio durch die Publiciana geschützt wird, daß aber für Servituten ein der Usucapion analoges Institut nicht existirt, sondern nur ein der longi temporis praescriptio analoges und daß daher bei ihnen die Publicianische Klage auch nicht bestimmt sein kann, die Verjährung zu schützen, und keineswegs nach den für diese geltenden Regeln beurtheilt werden darf. Sonst bedürfte es ja auch, um sie zu erhalten, keines Titels, sondern jeder Besitz der Servitut, wie immer er erlangt wäre, müßte zur Begründung der Klage genügen, wenn er nur nicht an einem der

Besitzfehler litte. Und doch wird in der einzigen Stelle, die von der Publiciana für Servituten handelt, in der schon früher besprochenen l. 11 § 1 de Publ. act. 6, 2, wiederholt grade auf die geschehene Tradition Gewicht gelegt, als ob sie zur Begründung nöthig sei.

Die weitern Vertheidigungsmittel gegen die Publicianische Klage, so wie das ganze Verfahren werden durchaus dieselben sein, wie bei der confessorischen Klage, und können wir in allem auf das dort Gesagte verweisen.

§. 78.
Erweiterungen einiger ursprünglich nur dem Eigenthümer gegebenen Klagen zu Gunsten von Servitutberechtigten.

Darin, daß die regelmäßigen Vortheile des Eigenthums auf einen Nichteigenthümer übergingen, haben wir früher die Grundidee erkannt, welche das Recht bei Ausbildung des Usufructs im Auge hatte. Dem entsprach es, wenn in Verfolg des Strebens, das Herrschaftsverhältniß des Usufructuars zur belasteten Sache für die Dauer desselben nach Außen hin völlig dem des Eigenthümers zu seiner eigenen Sache gleich zu machen, der Usufructuar Dritten gegenüber mit allen den besondern Waffen ausgerüstet wurde, welche dem Eigenthümer zur Seite standen. Wir sahen schon früher (§ 62 S. 670), wie durch dieses Streben geleitet, auch solche Juristen, welche eine Quasipossessio am Usufruct nicht anerkennen wollten, doch bereit waren, dem Usufructuar bei Störungen in der Detention der körperlichen Sache einen Interdictenschutz, gleichsam als „abgeleiteten" Besitzer der Sache zu gewähren, weil ein solcher Schutz einmal zu den regelmäßigen Vortheilen des Eigenthums gehörte; entsprechend ward dem Usufructuar, wenngleich es Anfangs bestritten gewesen zu sein scheint[a]), die actio legis Aquiliae wegen Verletzungen der belasteten Sache zugestanden[b]), ferner die actio de servo cor-

a) L. 11 § 10 ad leg. Aq. 9, 2.

b) L. 12 daselbst; l. 17 § 3 de usufr. 7, 1; l. 13 pr. quod vi aut clam 43, 24. Dagegen wird dem Usufructuar von Paulus die sonst mit der aquilischen Klage correspondirende actio arborum furtim caesarum in l. 5



rupto wegen Verführung des usufructuarischen Sklaven[c]), und die actio in factum ob mortuum illatum wegen unberechtigtem Inferiren eines Todten in das usufructuarische Grundstück[d]). Allerdings war der Usufructuar gegen die erwähnten Verletzungen schon durch seine confessorische Klage geschützt (s. § 76), aber mit jenen Klagen konnte er nicht bloß sein Interesse, sondern auch einen Strafbetrag vom Verletzer erhalten[e]). Allein es durfte nun nicht dahin kommen, daß der Eigenthümer durch ihn gänzlich von diesen Klagen ausgeschlossen ward, da ja sein Interesse ebenfalls fast immer durch die verbotenen Handlungen verletzt war und das Gesetz ihm zunächst jene vortheilhaften Klagen zugesprochen hatte. Das Verhältniß dieser concurrirenden Klaganspruche zu einander bot keine Schwierigkeiten bei den beiden letzten der genannten Klagen, da die act. de servo corrupto auf das Doppelte des Interesse ging und die act. ob mortuum illatum auf eine arbiträre Geldstrafe. Die act. ex lege Aquilia aber war auf den nach bekannten Regeln zu bemessenden höheren Marktwerth der verletzten Sache gerichtet, ohne Rücksicht darauf, wie hoch das Interesse des Beschädigten war; konnten nun Beide, Usufructuar und Eigenthümer diesen Sachwerth in Anspruch nehmen, oder wie hatten sie sich in denselben zu theilen? Ersteres wäre eine übermäßige Belastung des Delinquenten gewesen, wie sie nicht in der Absicht des Gesetzes lag; einmalige Leistung des höchsten Marktwerthes sollte die Strafe der culposen Verletzung sein und die durfte nicht verdoppelt werden. Mußten sich also Eigenthümer und Usufructuar in dieselbe theilen, so konnte dies in Ermangelung jedes andern Maßstabes wieder nur nach Maßgabe des Werthes geschehen, den das Recht eines jeden gehabt hatte, und den also jeder durch das Delict eingebüßt hatte.

Während die seither besprochenen Klagen in der Absicht erweitert waren, um den Usufructuar ebenso sicher gegen Verletzungen zu

§ 3 arb. furt. caes. 47, 7 abgesprochen, — ein Umstand aus dem man das allmälige, schrittweise und jedesmal erst durch die Umstände erzwungene Vorgehen auf diesem Gebiete wird erkennen können. Vgl. Ihering Abh. S. 134.

c) L. 9 § 1 de serv. corr. 11, 3.

d) L. 46 pr. de relig. 11, 7.

e) Die Delictsklagen, welche nur auf das Interesse, nicht auf eine Strafe

stellen, wie den Eigenthümer, wurde auch weiter dahin gewirkt, daß sein Verhältniß zu den Nachbaren des usufructuarischen Grundstücks möglichst dem des Eigenthümers gleich werde, und es wurden ihm daher allmälig die Rechtsmittel zur selbständigen und vom Eigenthümer unabhängigen Benutzung zugestanden, welche eine sachgemäße und beiderseits nützliche Regelung der möglichen Conflicte in einer freiern Weise sichern sollten. So wird ihm zunächst die actio finium regundorum gegen den Eigenthümer eines Nachbargrundstücks zugesprochen[f]) und dadurch bewirkt, daß er bei Grenzirrungen, wenn ihm der Eigenthümer keine Vollmacht zur Anstellung dieser Klage geben will, sich selbst für die Dauer seines Rechts eine feste Grenze schaffen kann. Hätte er nur die confessorische Klage, so würde das Urtheil nur dahin gehen können: das und das Stück des Bodens **hat** erwiesener Maßen zu dem usufructuarischen Grundstück gehört und dort darf der Usufruct nicht gestört werden; da, wo das Eigenthum zweifelhaft zu werden beginnt und keiner von beiden Nachbaren mehr sein Recht erweisen kann, würde der Usufructuar dann immer von der Nutznießung ausgeschlossen sein. Weil er nun aber die usufructuarische Sache nicht dauernd umgestalten und ihr also auch nicht neue Grenzen setzen darf, so bleibt das Urtheil eines von ihm erhobenen Grenzirrungsverfahrens nur so lange in Kraft, als sein Recht dauert; nach dem Heimfall desselben muß gegen den Eigenthümer und von ihm ein neues Verfahren erhoben werden können[g]). Ferner soll der Usufructuar auch das zunächst nur für den Eigenthümer bestimmte interdictum de arboribus caedendis[h]) anstellen können, und hat damit also die Möglichkeit, sich nöthigenfalls durch eigene That die Freiheit des Lichts und der Luft gegen des Nachbars Bäume zu wahren und sich das abgehauene Holz des Nachbarn zu dessen Strafe zueignen zu dürfen, — ein

---

gehen, z. B. die condictio furtiva bedarf er nicht, und werden ihm deßhalb auch nirgends zugesprochen.

f) L. 4 § 9 fin. reg. 10, 1.

g) Auch gegen einen Usufructuar des Nachbargrundstücks soll diese zunächst nur gegen dem Eigenthümer bestimmte Klage zugelassen werden (l. 4 § 9 fin. reg.), und wird dann ebenfalls nur für die Dauer des Usufructs wirken.

h) L. 1 § 4 de arbor. caed. 43, 27.

Resultat, das in dieser Weise auch nicht mit der confessorischen Klage zu erreichen stand. Endlich soll der Usufructuar, wenigstens nach der Ansicht von Pomponius, auch die actio aquae pluviae arcendae erheben und damit die Entwässerungsverhältnisse des usufructuarischen Grundstücks aufrecht erhalten dürfen [i]). Soweit diese Klage nur eigenmächtige Aenderungen des seitherigen Wasserlaufs und Verletzungen der dazu erforderlichen Anlagen verhindern sollte, soweit hätte hier dem Usufructuar auch die confessorische Klage genügt, da jene Handlungen als Störungen des Usufructs hätten aufgefaßt werden können, und die a. aquae pluviae arcendae doch auch nur auf das Interesse ging; soweit aber diese Klage den Nachbaren zu einem positiven Thun, zur Instandhaltung und Reinigung seiner Entwässerungsanstalten anhalten sollte (vgl. § 55 S. 292), soweit war sie das einzigste Mittel, um den Usufructuar eine völlig selbständige und der des Eigenthümers durchaus entsprechende Benutzung des usufructuarischen Grundstücks zu sichern, und die Meinung Ulpians, der in l. 3 § 4 de aq. pluv. arc. sagt: neque fructuarius, neque cum eo aq. pluv. arcendae agi potest, stellt sich der oben erwähnten des Pomponius gegenüber als die mehr singuläre und weniger fortgeschrittene dar, indem sie mit dem sonst hinsichtlich des Usufructs beobachteten Streben der Rechtsbildung nicht in Uebereinstimmung steht, und wir werden uns daher bei dem Zwiespalt der Quellen für die Meinung des Pomponius entscheiden dürfen.

Damit ist der Kreis dieser für den Usufructuar erweiterten Klagen wohl erschöpft [k]), und das römische Recht bedurfte deren auch nicht mehr, da eben die confessorische Klage eine so weit gehende Function hatte [l]). Ob die behandelten Klagen auch andern Servitutberechtigten zustanden, oder ob sie ein Vorrecht des Usufructuars blieben, dafür finden wir in den Quellen keine Entscheidung; nur

---

i) L. 22 pr. de aq. pluv. arc. 39, 3.

k) Ueber die actio comm. dividundo des Usufructuars handelten wir früher bei Besprechung der Theilbarkeit des Usufructs (§ 55 S. 549), über seine actio ad exhibendum, als Mittel die confessorische Klage vorzubereiten s. § 76 S. 804; über die Vindication der der usufructuarischen Sache zustehenden Servituten siehe § 76 S. 801.

l) Höchstens könnte noch die Frage entstehen, ob der Usufructuar das

von der aquilischen Klage wird gesagt, daß sie auch dem Usuar zusteht[m]), und darnach werden wir wohl annehmen dürfen, daß er, der ja in allen Beziehungen dem Usufructuar möglichst gleich gestellt ist, auch die andern der obigen Klagen anstellen darf, wenn nur sein Usus der Art ist, daß er ihn in dasselbe Verhältniß zur belasteten Sache setzt, in welchem der Usufructuar regelmäßig steht, d. h. wenn er kraft seines Usus die Detention der körperlichen Sache erlangt. Ist sein Usus so beschränkt, daß er diese nicht erhält, sondern nur einzelne Befugnisse an der in fremdem Gewahrsam bleibenden Sache auszuüben hat, so wird er keinen weitern Schutz haben, als wie er denen gewährt ist, welche einzelne Befugnisse kraft einer Realservitut ausüben, und denen bin ich geneigt, — obgleich für manche Zweifel Raum bleibt — und ich in § 7 S. 68 beiläufig alle Servitutberechtigte zu dieser Klage berufen erachtete — die aquilischen und die ähnlichen Klagen durchaus abzusprechen und sie auf ihre confessorische Klage zu beschränken. Das ganze künstliche Schätzungsverfahren, wie es die lex Aquilia vorschrieb, paßt nicht, wo nur einzelne Servituten verletzt sind und kann höchstens zu allerlei Chikanen Veranlassung geben. Die Gründe ferner, welche die Ausdehnung der obigen Klagen auf den Usufruct veranlaßten, führen auch durchaus noch nicht zu einer Ausdehnung auf alle Servitutberechtigte; aus Eigenthum und Usufruct fließen gleiche Befugnisse, — Eigenthum und Realservituten aber sind wohl ihrer innern Natur nach verwandt, aber sie berechtigen zu durchaus Verschiedenem, und daraus daß dem Eigenthümer ein besonderer Vortheil zugewandt wird, folgt noch nicht, daß er nun auch zur entsprechenden Quote dem Servitutberechtigten zu Theil werden muß. Eine höhere Entschädigung, als wie sie durch die confessorische Klage erlangt werden kann, ist daher nur bei Verletzungen eines regelmäßigen Usufructs oder Usus erreichbar, die andern Servitutberechtigten sind auf ihre confessorische Klage beschränkt.

---

interd. de glande legend. brauchen konnte. Das Recht zum Früchtelesen wird er auch mit seiner confessorischen Klage haben durchsetzen können; aber die Vortheile des Interdictenverfahrens entgingen ihm dann.

m) L. 7 § 4 de dolo malo 4, 3; l. 11 § 10 ad leg. Aquil. 9, 2.

Dagegen möchte das Bedürfniß es fordern, daß ihnen wenigstens einige der Klagen, die das nachbarliche Verhältniß regeln sollen, zugänglich gemacht werden, wie denn von Julian in l. 25 de aq. pluv. arc. ausdrücklich gesagt wird, daß die a. aquae pluviae arcendae auch vom Innehaber einer Wegegerechtigkeit wegen Verschlechterung des Wegs solle erhoben werden können. Sobald nämlich die Servitutausübung in Folge des Verfalls der Entwässerungsanstalten unmöglich oder doch schwierig geworden ist, so hat der Servitutberechtigte dasselbe Interesse daran, daß der Nachbar seine Gräben ausbessere und reinige, wie der Eigenthümer, während er ihn mit seiner confessorischen Klage zu diesem positiven Thun nicht zwingen kann; dieselbe Rechtsidee, welche dem Eigenthümer die a. aquae pluviae arcendae gab, wird sie daher auch zu Gunsten aller Servituten zulassen, soweit dieselben den Landbau und die Benutzung von ländlichen Grundstücken befördern sollten (vgl. § 33 S. 293 Anm. e). Analog kann man vielleicht auch noch die actio finium regundorum den Innehabern von Realservituten zugestehen, weil es sonst geschehen kann, daß ihr Recht, z. B. ein Weiderecht, durch die Unsicherheit der Grenzen unbilliger Weise wesentlich beschränkt wird. Die dann auf ihren Antrag geschehene Fixirung der Grenze, ist allerdings für den Eigenthümer gar nicht bindend, sondern er kann selbständig von Neuem auf Festsetzung einer Grenze für seine Sache dringen, und so kann es geschehen, daß das Grundstück rücksichtlich der Servitut und des Eigenthums nicht etwa, wie wenn ein Usufructuar die Klage erhob, vorübergehend, sondern für alle Zeiten verschiedene Grenzen erhält, — ein Resultat, welches allerdings manche Inconvenienzen zur Folge haben kann, und welches der Richter in solchen Fällen mit aller Sorgfalt zu vermeiden suchen muß; die Möglichkeit desselben darf uns aber doch nicht bestimmen, den Servitutberechtigten ganz von den Vortheilen des Grenzregulirungsprocesses auszuschließen und lediglich auf seine confessorische Klage zu verweisen. Cur enim, würde man sonst auch hier sagen können, ad arma et rixam procedere patiatur Praetor, quos potest iurisdictione sua componere, wie Ulpian mit Berufung auf Julian bei einer ähnlichen Gelegenheit in l. 13 § 4 de usufr. 7, 1 sagt.

Zweites Kapitel.

Provisorische Schutzmittel für die Ausübung der Servituten.

I. Das System derselben vor Ausbildung der Lehre vom Quasibesitz.

§. 79.

Die Wege- und Wasserinterdicte.

Schon an andern Orten haben wir Manches zur Lehre der Wege- und Wasserinterdicte [interd. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana, de fonte, de fonte purgando, de aqua aestiva, de rivis] ausführen müssen und so bei Darstellung der Geschichte des Quasibesitzes (§ 62 S. 655) entwickelt, wie sie keineswegs schon den Servitutenbesitz als solchen haben schützen sollen[a]), sondern wie

a) Allerdings nennt Paulus in l. 2 § 3 de interd. 43, 1 unter den interd. *adipiscendae possessionis*, die er eben als die definirt hat, „quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem", auch das „interd., quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto" und scheint damit also das interd. de itin. actuque priv. in der Erweiterung, nach welcher sich der Käufer des herrschenden Grundstücks auch auf die Ausübungshandlungen seines Auctor berufen kann, bezeichnen zu wollen. Da aber Paulus wieder grade der Jurist ist, der so entschieden in Abrede stellt, daß sich Besitz an Wegeservituten denken lasse, und ferner nach jener l. 2 de interd. alle Interdicte, die ein Privatvermögen schützen sollen (quae ad rem familiarem spectant), entweder interd. adipiscendae oder recuperandae oder retinendae *possessionis* sein sollen, so wird man annehmen dürfen, daß „*possessio*" hier gar nicht seine besondere technische Bedeutung hat, sondern in

sie ganz ohne Rücksicht auf dessen Existenz oder Nichtexistenz unter bestimmten Voraussetzungen, aus welchen die Unentbehrlichkeit der seither geübten Servitut gefolgert wurde, die Fortsetzung der Ausübung ermöglichen sollten[b]). Ferner machten wir auch schon darauf aufmerksam, wie diese Interdicte, sobald einmal die erforderlichen Voraussetzungen vorhanden waren, immer auch die ganze ihnen im Edict gesetzte Zeit hindurch benutzt werden konnten, mochten auch immerhin die letzten der vorgenommenen Ausübungshandlungen nur vi, clam oder precario geschehen und damit der Quasibesitz vitiös geworden sein. Demgemäß waren diese Interdicte auch nicht restitutorisch, d. h. sie schafften nicht Ersatz für die seitherige Störung, in der ja kein eigentliches Unrecht zu liegen brauchte, sondern sie waren nur prohibitorisch, d. h. sie sollten bewirken, daß die fernere Ausübung nicht gestört werde[c]). Da, wo die Störung von jemanden

---

einem weitern unbestimmtern Sinne gebraucht wird. Er meint: die Interdicte scheiden sich, je nachdem sie einen neuen Zustand schaffen, einen früheren wiederherstellen oder einen jetzt vorhandenen erhalten sollen. Sonst würde er ja z. B. auch das interd. **Quod vi aut clam**, das doch regelmäßig auch zu den Interd. gehört, **quae ad rem familiarem spectant**, einer dieser drei Kategorieen zutheilen, und doch schützt dasselbe durchaus nicht immer im Besitz oder stellt solchen her, sondern es zwingt z. B. den Besitzer eines Grundstücks, die auf demselben heimlich errichteten Werke niederzureißen, ohne ihm aber den Besitz irgend wie zu nehmen. Und so verhält es sich noch mit manchen andern Interdicten.

b) Darauf, daß bei diesen Interdicten nicht nach dem gegenwärtig vorhandenen Quasibesitz gefragt wird, sondern nur noch den einzelnen früheren Ausübungshandlungen, bezieht sich auch wohl Ulpian's Ausspruch in l. 1 § 2 de interd. 43, 1: **Interdictorum quaedam in praesens, quaedam in praeteritum referuntur; in praesens ut Uti possidetis, in praeteritum ut de itinere actuque, de aqua aestiva.**

c) L. 1 de itin. act. priv. 43, 19; l. 1 § 1, § 27 de aq. quot. 43, 20 u. a. a. O. Wenn es dagegen in l. 3 § 3 de itin. heißt: **In hoc interdicto examinatur, quanti eius interesse, via non prohiberi sive itinere,** und in l. 2 § 2 de interd.: **Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato, nam proprietatis causam continet hoc interdictum** — so wird darin nur festgestellt, was der Verklagte zu leisten hat, wenn er noch nach dem Beginn des Interdictenverfahrens

ausging, der selbst eine Servitut seither geübt haben und durch diese zu jener Störung ermächtigt sein wollte, nahm das Interdict den Charakter eines interd. duplex an, indem im Urtheil anerkannt werden mußte, ob der Kläger, oder ob der Beklagte in der Ausübung der beanspruchten Servitut zu schützen und demgemäß der andern Partei die Ausübung der damit unvereinbaren Servitut zu untersagen sei. Das Bestehen einer Wegeservitut pflegt aber eine andere an demselben Wege bestehende noch in keiner Weise zu hindern, so daß das Wegeinterdict nie gebraucht werden wird, weil ein Anderer auch eine Wegegerechtigkeit beansprucht, sondern nur, weil ein Anderer aus irgend einem Grunde alles Gehen hindert, und deßhalb nennt Paulus dies Interdict in l. 2 pr. de interd. ausdrücklich als Beispiel eines interd. simplex; dagegen bei Wassergerechtigkeiten wird es häufiger geschehen, daß die Ausübung der einen die andere unmöglich macht, und deßhalb heißt es von dem interd. de aqua quotidiana in l. 1 § 26 de aq. quot., dasselbe sei ein interd. duplex.

Daß zur Begründung aller dieser Interdicte die bloße Vornahme der geforderten Ausübungshandlungen (das uti) nicht genügte, sondern daß dasselbe in der Absicht geschehen sein mußte, eine Wege- oder Wasserleitungsservitut zu üben, haben wir auch schon oben (§ 62 S. 660 und 682) ausgeführt, und die dort für den Quasibesitz aufgestellten Regeln haben in dieser Beziehung hier völlige Geltung. Die vitia possessionis heben auch diese Interdicte ebenso wie das interd. uti possidetis auf, da der Prätor alle nur unter der Bedingung verlieh, daß nec vi, nec clam, nec precario und zwar „ab illo“ oder „a te“ d), d. h. dem Verklagten gegenüber geübt sei, so daß sich also nur der, von welchem das precarium verliehen oder welcher durch die Gewaltsamkeit verletzt oder durch die Heimlichkeit hat getäuscht werden sollen, sich auf diese Fehler berufen kann. Dritten

---

die Ausübung stört, und für diesen Fall verfügt die letztere Stelle, es müsse die Summe ersetzt werden, um welche das Eigenthum des herrschenden Grundstücks durch Verhinderung des Zugangs weniger nutzbar geworden sei.

d) L. 1 pr. de itin.; l. 1 pr. de aq. quot.; l. 1 pr. de riv.; l. 1 pr. § 6 de fonte.

gegenüber konnten die Interdicte ebenso, wie die possessorischen dennoch angestellt werden[e]). Ob nun aber der, welcher das Interdict erheben will, geglaubt haben muß, daß er kraft einer Realservitut geübt habe, oder ob dazu auch der Glaube genügt, eine zu den fraglichen Handlungen ermächtigende Personalservitut zu haben, diese Frage wird bei den Wegeinterdicten anders entschieden werden müssen, wie bei den Wasserinterdicten. Für letztere wird ausdrücklich anerkannt, daß eine Wassergerechtigkeit jeglicher Art und auch eine solche, die zu städtischen Grundstücken führe, oder die nicht mit einem bestimmten Grundstück verbunden sei, mit diesen Interdicten vorläufig geschützt werde[f]), und mit Recht; denn der Prätor sagte allgemein: uti uquam duxisti, uti de eo fonte usus es etc., — nicht aber: uti aquaeductus oder aquaehaustus servitute usus es. Dagegen aber begann das Edict vom Wegeinterdict damit: Quo itinere actuque privato . . vel via . . usus es; und als iter, actus oder via galt, wenn diese Worte, wie die Zusammenstellung schließen läßt, ihre volle technische Bedeutung haben, eben nur der durch eine dingliche Servitut geschaffene Weg, und deßhalb wird auch ausdrücklich in l. 1 § 1 de itin. gesagt, dies Interdict sei nur bestimmt, ad tuendas rusticas servitutes.

Eines weitern Nachweises, als dessen, daß man innerhalb der bestimmten Zeit so und so in der Absicht, eine Servitut zu üben, gebraucht habe, bedurfte es nicht, und insonderheit war es nicht nöthig, noch den Besitz eines angeblich herrschenden Grundstücks nachzuweisen, so daß der Verkäufer eines Grundstücks die Interdicte auch noch nach der Veräußerung wegen der von ihm als Besitzer des Grundstücks geübten Wege- und Wasserinterdicte anstellen konnte[g]), oder der Eigenthümer nach Errichtung eines Usufructs auch dem Usufructuar gegenüber, falls dieser ihn an der weitern Benutzung der dem usufructuarischen Grundstück zustehenden Wegeservituten hindern wollte, Schutz zu erlangen vermochte[h]). Das Interdict

e) L. 1 § 11 de itin.
f) L. 1 § 11 und § 12 de aqua quot.
g) L. 1 § 24 de aq. quot.
h) L. 3 § 5 de itin.

schützte aber nur die Benutzungsweise, welche in allem und jedem der früheren entspricht, auf welche man sich zur Begründung des Interdicts berufen hat[i]), und daher wird auch der Verkäufer oder der Innehaber eines nudum dominium dasselbe nur dann mit Erfolg brauchen können, wenn er noch factisch in einer Lage ist, wo er die Servitut zu Gunsten des verkauften oder zum Usufruct gegebenen Grundstücks verwenden kann.

Es ist nicht erforderlich, daß der, welcher das Interdict erhebt, immer in eigener Person die Servitut geübt habe, sondern es genügt, daß die Ausübung in seinem Namen und zu Gunsten des angeblich herrschenden Grundstücks durch einen Stellvertreter, wie etwa durch Sklaven, Inquilinen, Pächter, Precaristen oder besuchende Freunde geschehen ist[k]). Weiter zu gehen und auch dem Rechtsnachfolger die Berufung auf die Ausübung seines Vorgängers zu gestatten, scheint man Anfangs gezaudert zu haben; das Interdict de aqua aestiva, bei welchem diese Frage der längern Frist halber am häufigsten practisch gewesen sein wird, hat der Prätor wenigstens ausdrücklich für den Erben und für den Käufer erweitern müssen[l]). Später aber wurden alle diese Interdicte ganz allgemein jedem Rechtsnachfolger auf Grund der Ausübungshandlungen seines Vorgängers gegeben, sobald er nur seinen Anspruch wirklich von diesem ableiten konnte und ein rechtliches Band zwischen ihm und demselben bestand. So erhielt es neben dem Erben des seither Ausübenden der, welcher das herrschende Grundstück von ihm gekauft, oder durch Schenkung, Legat u. s. w. erhalten hatte, oder dem nur der Usufruct daran durch ihn bestellt war[m]), und selbst dann, wenn diese Alle auch nur einen Theil des herrschenden Grundstücks, beziehungsweise des Usufructs erworben hatten[n]). Wo dagegen jemand das herrschende Grundstück erhält, ohne sein Recht von dem herzuleiten,

i) L. 1 § 15—§ 18, l. 2 de aq. quot. Ueber die l. 1 § 16 daselbst siehe oben § 16 S. 148.

k) L. 1 § 7, § 11, l. 3 § 4, § 7, l. 6 de itin.

l) L. 1 § 29 und § 37 de aq. quot.

m) L. 2 § 3 si serv. vind. 8, 5; l. 3 § 8—10 de itin.; l. 1 § 37 de aq. quot.; l. 3 § 7 de rivis; l. 1 § 3 und § 11 de fonte.

n) L. 3 si serv. vind.

der es seither inne hatte und die Servitut benutzte, da ward auch nicht eine Succession in das Interdict anerkannt, und daher konnte sich der Eigenthümer nicht auf die Ausübungshandlungen berufen, die ein bonae fidei possessor, ehe der Eigenthümer sein Recht geltend gemacht hatte, oder ein Usufructuar vor dem Heimfall des herrschenden Grundstücks von diesem aus vorgenommen hatte[o]).

Was nun die Voraussetzungen der einzelnen hierher gehörigen Interdicte betrifft, so ist das interd. de itinere actuque privato[p]), wie wir schon früher erwähnten (§ 42 S. 397), wahrscheinlich zunächst nur zum Schutz eines iter und actus gegeben und erst später auf die via erweiter; es setzt voraus, wie wir auch schon früher ausführten, daß der Weg innerhalb des letzten Jahres, und zwar dies von Anstellung des Interdicts an gerechnet[q]), an dreißig verschiedenen Tagen in der Weise, wie sie jetzt gestört wird, benutzt ist (vgl. § 62 S. 656 Anm. p).

Das interd. de aqua quotidiana[r]) setzt voraus, daß das Wasser im letzten Jahre so, wie es jetzt der Kläger verlangt, geleitet worden ist. Diese Frist entzog aber die Wohlthat dieses Interdicts gegen die Absicht des Prätors sehr häufig solchen Servituten, vermöge deren man nur zu einer bestimmten Zeit im Jahre bewässern konnte, indem diese in Folge von Witterungsverhältnissen und dergl. bald früher, bald später eintrat, und so mitunter zwölf Monate verstreichen konnten, ehe die Bewässerung möglich war, während der Nutzen derselben für den Feldbau doch ebenso groß war, wie da, wo öfter geleitet werden konnte. Deßhalb proponirte der Prätor für solche Fälle ein zweites Interdict, das de aqua aestiva[s]), welches ange-

---

o) L. 1 § 8, l. 3 § 4 de itin. act.

p) L. 1 pr. de itin. act. Praetor ait: *Quo itinere actuve privato, quo de agitur, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.*

q) L. 1 § 3 de itin.

r) L. 1 pr. de aq. quot. Ait Praetor: *Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, vim fieri veto.*

s) L. 1 § 29 de aq. quot. Deinde ait Praetor: *Uti priore aetate aquam, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto. Inter heredes, emtores et bonorum possessores interdicam.*

stellt werden sollte, wenn nur innerhalb des letzten völlig verflossenen Sommers einmal geleitet war, so daß in dem Falle, da im Anfang des einen Sommers geleitet, kurz vor dem Schluß des folgenden aber erst das Interdict erhoben ward, demselben eine Frist von fast achtzehn Monaten gestattet war[t]). Diese längere Frist sollte aber nicht schon da gegeben werden, wo jemand glaubte, er könne nur im Sommer leiten, — denn darauf hätten sich dann Alle berufen, welche die Frist des interd. de aqua quotidiana versäumt hätten, — sondern nur da, wo das Wasser der Sachlage des einzelnen Falles nach nur im Sommer geleitet werden konnte, weil es entweder im Winter zu wenig war, oder es doch da keinen Nutzen gewährt hätte[u]). Der Sommer ward gerechnet von der Frühlingstagundnachtgleiche bis zur Herbsttagundnachtgleiche[v]). Der Prätor hatte so für den Fall gesorgt, welcher im römischen Leben am häufigsten vorgekommen sein wird; es konnte aber auch geschehen, daß die Leitung nicht in den sechs Sommermonaten, sondern nur innerhalb der sechs Wintermonate vorgenommen zu werden pflegte, und konnte der oben erwähnte Uebelstand auch wieder eintreten. Deßhalb erweiterten für diesen Fall die Doctrin die prätorischen Bestimmungen und ließ ein interd. de aqua aestiva utile zu[w]).

Das interd. de rivis[x]) setzt ebenfalls Leitung von Wasser im laufenden Jahre oder im letzten verflossenen Sommer voraus, so daß die Zeitgrenzen hier ohne Unterschied weiter gesteckt sind, und bezweckt Wiederherstellung aller Vorrichtungen, welche zur Leitung des Wassers nöthig sind. Diese sollen im Ganzen so wiederhergestellt werden, wie sie früher waren[y]); das Oeffnen eines früher bedeckten Kanals, oder umgekehrt das Bedecken eines seither offenen soll jedoch

t) L. 1 § 29 sqq. de aq. aest.

u) L. 6 daselbst.

v) L. 1 § 32 daselbst.

w) L. 1 § 35 de aqua.

x) L. 1 pr. de rivis. Praetor ait: *Rivos, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causa, quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam priore aetate n. v. n. c. n. p. a te duxit, vim fieri veto.*

y) L. 1 § 10, § 11, l. 3 de riv.

noch als eine solche erlaubte Reparatur gelten und mit dem Interdict geschützt werden, es sei denn, daß der, welcher dies hindern will, nachweißt, daß er Schaden erleide, und zwar nicht bloß in der Weise, daß ihm ein zufällig gewordener Vortheil entgeht, sondern daß ein von Anfang an von den Constituenten beabsichtigtes Verhältniß verletzt wird[z]). Dies Interdict ist zu Gunsten der Dampfröhren, wie sie in den Bädern gebraucht wurden, erweitert worden, so daß man auch deren Reparatur, wenn sie vermöge einer Servitut durch das fremde Grundstück gehen, damit erzwingen kann[aa]). Die operis novi nuntiatio ist wirkungslos, sobald dies Interdict begründet ist[bb]), dagegen wird der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, wenn es auch in dem Pandektentitel de rivis nicht gesagt wird, eine cautio damni infecti wegen aller ihm etwa durch den Bau entstehenden Beschädigungen fordern und nöthigenfalls bis zu deren Bestellung den Bau inhibiren dürfen. Der so oft beobachtete Satz, daß diese Cautionsleistung von jedem gefordert werden kann, der aus irgend einem Grunde auf fremden Grund und Boden bauen will, wird auch hier angewandt worden sein, und ohnehin untersucht auch Ulpian nach dem Vorgang von Labeo in l. 30 § 1 de damno inf. 39, 2 ob der, qui modulorum aut rivi faciendi causa opus faceret... in alieno solo, diese Caution bestellen müsse, und scheint also grade an unsern Fall gedacht zu haben.

Die drei zuletzt besprochenen Servituten sollten die Ausübung des Rechts, Wasser zu leiten, schützen; dieselbe Function hatten für die serv. aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus und die entsprechenden Personalservituten das interd. de fonte[cc]) und das interd. de fonte purgando[dd]), deren Frist aber immer schon mit

z) L. 1 § 11, l. 2 daselbst.

aa) L. 3 § 6 daselbst.

bb) L. 3 § 8 daselbst.

cc) L. 1 pr. de fonte. Praetor ait: *Uti de eo fonte, q. d. a, hoc anno aqua n. v. n. c. n. p. ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. De lacu, puteo, piscina item interdicam.*

dd) L. 1 § 6 de fonte. Deinde ait Praetor: *Quo minus fontem, q. d. a., purges reficias, ut aquam coercere, utique ea possis, dum ne*

dem ersten Jahr nach der letzten Benutzung der Quelle ablief. Eine Erweiterung dieser Frist war hier kein Bedürfniß. Das erstere Interdict schützt nicht nur das Schöpfen selbst, sondern auch die Benutzung des Wegs zum Brunnen. Mit dem interd. de fonte purgando sollte man beim Reinigen, beim Fassen der vorhandenen Quellen, oder auch der Seen, aus denen man schöpfen durfte, geschützt werden, dagegen sollte es nicht ermächtigen nach neuen Quellen zu suchen [ee]).

Wie alle diese Wasserinterdicte voraussetzen, daß für die beanspruchte Servitut die causa perpetua, oder wie diese Forderung für die Wasserservituten specialisirt lautete, daß aqua viva vorhanden sei, haben wir schon in früheren Abschnitten auszuführen gehabt; vgl. § 17 S. 161.

Gegen den Ablauf der für die einzelnen Interdicte aufgestellten Fristen, behielt sich der Prätor vor, ex iusta causa zu restituiren [ff]).

Den seither behandelten Interdicten schloß sich von jeher das interd. de itinere actuque reficiendo nahe an, obgleich es gar nicht zu den bloß provisorischen Schutzmitteln gehörte, sondern bei demselben alsbald petitorisch, d. h. über das Vorhandensein des Rechts verhandelt ward. Um nämlich denen, die kraft ihrer Servitut einen Weg ausbessern wollten und daran behindert wurden, die Vortheile des Interdictenverfahrens zu verschaffen, zugleich aber auch wieder zu vermeiden, daß nicht dem Eigenthümer durch unberechtigte Wegebauten auf seinem Grundstück unwiderbringlicher Schaden zugefügt werde, proponirte der Prätor ein besonderes Interdict [gg]), das einmal dieselben Voraussetzungen, wie das interd. de itinere actuque privato hat, so daß Benutzung des Wegs an dreißig Tagen des letzten

---

aliter uteris, atque uti hoc anno n. v. n. c. n. p. ab illo usus es, vim fieri veto.

ee) L. 1 de fonte.

ff) L. 1 § 9 de itin.

gg) L. 1 § 11 de itin. Praetor ait: *Qui itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quominus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto; qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per eius vitium datum sit, caveat.*

Jahres nachgewiesen werden muß u. s. w., sodann aber auch den Nachweis verlangt, daß eine Wegeservitut vorhanden ist, aus welcher die Befugniß zur Vornahme des fraglichen Baus abgeleitet werden kann. Es muß daher auch vom Kläger gezeigt werden, wie ohne Wegebesserung die Servitut nicht in der wahrscheinlich beabsichtigten Weise, also ohne unverhältnißmäßige Beschwerde geübt werden könne, wogegen dann der Verklagte exceptionsweise ausführen kann, daß bei dieser besondern Servitut dergleichen Bauten durch die Constituenten untersagt seien[hh]). Wenn sonach für dieses Interdict strengere Forderungen gestellt werden, als für die interd. de rivis und de fonte purgando, die eine gleiche Function bei den Wasserleitungsservituten versehen, so rechtfertigt Venuleius das in l. 4 de rivis durch die Ausführung, daß die Ausübung der Wassergerechtigkeit gänzlich unterbrochen sei, sobald die Vorrichtungen nicht im Stande seien, und also alle die Gründe, welche eine schnelle Rechtshülfe gegen sonstige Störungen nöthig machten, auch solche gegen Verhinderung der Reparatur erforderten, daß dagegen die Schlechtigkeit eines Wegs nicht leicht denselben gänzlich unbenutzbar mache, sondern die Benutzung nur erschwere, so daß es hier eines exceptionellen Schutzes nicht bedürfe, sondern es genügen müsse, wenn nur die Vortheile des Interdictenverfahrens dem Wegeberechtigten für diesen Fall zugänglich gemacht würden. Dies Interdict schützt ihn aber dann nicht nur bei der eigentlichen Ausbesserung, sondern auch bei allen den Handlungen, welche diese erst vorbereiten müssen, soweit die adminicula der Wegegerechtigkeit dazu ermächtigen; mit demselben setzt er also auch die Befugniß durch, das zur Wegebesserung nöthige Material auch über andere Theile des dienenden Grundstücks anzufahren, dort zu lagern u. s. w.[ii]). Doch muß er, ehe er dies Interdict irgendwie brauchen kann, dem Gegner wegen jedes bei Gelegenheit der Wegereparatur entstehenden Schadens die cautio de damno infecto leisten oder wenigstens zu leisten bereit sein[kk]).

hh) L. 3 § 11—14 de itin.

ii) L. 3 § 15—l. 5 § 1 de itin. Früher soll das Interdict einen eigenen Zusatz: ad refectionem utilia adportare, gehabt haben, der später als überflüssig wegfiel; vgl. l. 4 pr. daselbst.

kk) L. 3 § 11, l. 5 § 4 daselbst.

§. 80.
Das interdictum de cloacis.

Um der großen Wichtigkeit willen, welche der gehörige Zustand der Kloaken nicht nur für das einzelne Haus, von welchem sie auslaufen, sondern auch für die ganze Nachbarschaft hat, hat der Prätor einmal gegen alle zur Ausbesserung derselben vorgenommenen Handlungen die operis novi nuntiatio für gänzlich unwirksam erklärt[a]), sodann aber auch ein besonderes Interdict proponirt, welches die alsbaldige Reparatur der Kloake, falls sie sich unter fremden Grund und Boden hinzieht, ermöglichen und gegen die Störung durch den Besitzer dieses Grund und Bodens sichern soll[b]). Dies Interdict schützt daher die Ausübung einer der wichtigsten Befugnisse, die aus der serv. cloacae hervorgehen, ja da es, wenn die Kloake in gehörigem Stand ist, keiner weitern Thätigkeit des Berechtigten auf dem dienenden Grundstück bedarf, sondern lediglich vom herrschenden Grundstück aus geschieht, so ist durch dieses Interdict auch die Ausübung der ganzen Servitut gesichert, zumal gegen eigenmächtige Verletzungen der Kloake durch den Besitzer des dienenden Grundstücks oder auch durch Dritte nicht bloß das Mittel bleibt, sie selbst zu repariren, sondern auch das interdictum quod vi aut clam den Beschädiger zur Vornahme dieser Reparatur, beziehungsweise zum Schadenersatz zwingt[c]). Um aber das interd. de cloacis anstellen zu können, ist, und darin scheidet sich dasselbe wesentlich von den seither besprochenen Servitutinterdicten, keinerlei Nachweis über Ausübung der serv. cloacae innerhalb einer bestimmten Zeit und darum auch keinerlei Bewußtsein eines Rechts beim Kläger, kein Fernsein

---

a) L. 5 § 11 de O. N. N. 39, 1; L. 1 § 13 de cloac 43, 23.

b) L. 1 de cloac. Praetor ait: *Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus meis in tuas pertinent, q. d. a., purgare reficere liceat, vim fieri veto. Damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri iubebo.*

c) Wie zum Schutz der Kloaken dieses Interdict deßhalb eine besonders weite Anwendung erhielt, weil der Prätor das Interdict Uti possidetis nicht gab, wenn jemand mit einer prohibitio gegen Handlungen eines Besitzers einschritt, die seine Kloake bedrohten, werden wie erst später (§ 82) nachweisen können.

von vis, clandestinitas oder precarium erforderlich, sondern es genügt nachzuweisen, daß eine Kloake, oder eigentlich nur die erkennbaren Reste einer solchen sich von einem vom Kläger besessenen Hause aus[d]) in ein vom Verklagten besessenes Grundstück[e]) hineinziehen und der Reparatur bedürfen, die der Verklagte kraft seines Besitzes verhindert[f]). Schmidt von Ilmenau[g]) verlangt um der Worte des Edicts: ex aedibus meis, willen vom Kläger den Nachweis des Eigenthums oder eines Ususfructs an dem herrschenden Gebäude, da, wenn auch in dem Titel de cloacis nichts über die Legitimation des Klägers gesagt werde, doch für das interd. de arboribus caedendis die Worte des Prätors: quae arbor ex aedibus *tuis* in aedes *illius* u. s. w. dahin interpretirt würden, daß der Kläger Eigenthümer oder Usufructuar sein müsse[g]). Allein abgesehen davon, daß der Beweis des Eigenthums den Gebrauch dieses Rechtsmittels, das doch größtmögliche Präcision wesentlich zum Zweck hat, sehr erschweren würde und oft bis zu dem Grade, daß sich die Anstellung der confessorischen Klage als Publiciana noch mehr empfehlen würde, so müßte man auch consequenter Weise die Worte des Edicts „in aedes tuas" ebenso übersetzen und fordern, daß auch der Verklagte Eigenthümer des betreffenden Grundstücks und nicht bloßer Besitzer sei, so daß dem Letztern gegenüber dies Rechtsmittel unbrauchbar wäre, während er doch kraft seines Besitzes die Reparatur völlig stören konnte. Der bloße Besitzer wäre dann ja besser gestellt, wie der Eigenthümer. Muß man daher annehmen, daß das „in tuas" heißt: in das von Dir besessene Haus, so wird man auch das „ex aedibus meis" in entsprechender Weise erklären dürfen, und der Nachweis des Besitzes wird zur Anstellung dieses Interdicts genügen.

---

d) L. 1 § 8 de cloac.

e) War dies ein praedium rusticum, so war das Interdict nur als utile zulässig. L. 1 § 8 daselbst.

f) Denn verhindert jemand ohne Besitzer zu sein, so bedarf man nicht dieses Interdicts, sondern kann Gewalt mit Gewalt vertreiben, oder die Injurienklage anstellen. Das Edict sagt darum ausdrücklich: in aedes *tuas*.

g) Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. XV, S. 78.

Ohnehin ist auch der Fall des interd. de arboribus caedendis in so fern wesentlich von dem vorliegenden unterschieden, als es sich dort um definitive Regelung des Nachbarverhältnisses handelt, und die Jurisprudenz daher mit vollem Grunde die Worte des Prätors dahin auslegte, daß das Vorhandensein des Rechts erwiesen sein müsse, während es sich hier nur um vorläufigen Schutz handelt und der confessorischen oder negatorischen Klage ihre volle Wirksamkeit unbeschränkt verbleibt, so daß hier des Prätors Worte ohne welche Gefährde dahin erklärt werden konnten, daß der Beweis des Besitzes genügen müsse. Zur Bestellung der cautio damni infecti mußte sich der Kläger, wie überall, wo jemand auf fremden Grund und Boden bauen wolle, auch hier wieder erbieten[i]). Das Interdict schützt nur das purgare und reficere, also die Wiederherstellung einer früher bestandenen Leitung; wie weit der Bau den Charakter einer Reparatur trägt, und wann er anfängt, den Charakter eines Neubaus anzunehmen, wird für diesen Fall nicht näher bestimmt, und es werden daher die für die Wege= und Wasserinterdicte gegebenen Regeln analog anzuwenden sein[k]).

---

h) L. 1 § 4 und 5 de arbor. caed. 43, 27.

i) L. 1 § 12 de cloacis.

k) Das von Bennleins im Anfang der l. 2 de cloac. erwähnte Interdict, ne facienti cloacam vis fiat, welches die neue Anlage einer Kloake schützen soll, wird sich nur auf öffentlichen Grund und Boden bezogen haben, da sonst nirgends eine ähnliche Bildung vorkäme, und das Bedürfniß eines solchen exceptionellen Schutzes dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks gegenüber ganz fehlte; wenn seither noch keine solche Kloake bestand und damit erwiesen ist, wie sie möglicher Weise vom herrschenden Hause hat entbehrt werden können, und daher der gewöhnliche Weg des Processes ohne besondern Nachtheil eingehalten werden kann. Beim Interdict de itin. actuque reficiendo, auf welches sich Schmidt a. a. O. S. 85 ff. beruft, um wenigstens die Möglichkeit der Verwendung des von Bennleins genannten Interdicts zu Gunsten der serv. cloacae zu erweisen, verhielt es sich in so fern ganz anders, als immer zur Voraussetzung desselben die Benutzung des Wegs im letzten Jahre gehörte.

§. 81.

Indirecter Schutz der Ausübung von Servituten durch possessorische Interdicte.

In einer beschränkten Weise scheinen gewisse Realservituten schon lange vor Ausbildung der Theorie vom Quasibesitz durch die Interdicte Uti possidetis und Unde vi geschützt zu sein; denn da, wie wir schon früher wiederholt ausführten (§ 62 S. 651 und S. 670), die Ausübung solcher Servituten, welche die Herstellung einer dauernden, unmittelbar mit dem herrschenden Grundstück verbundenen Vorrichtung auf dem dienenden Grundstück zum Gegenstande hatten, von jeher nur als ein Element des Besitzes der herrschenden Sache selbst, als eine besondere Qualification desselben aufgefaßt wurde, so wird auch eine Störung derselben als eine Störung im Besitz der herrschenden Sache gegolten und mit den entsprechenden Interdicten haben abgewehrt werden können[a]). Es genoß hier also der

a) Das interd. Uti possidetis wird in einem solchen Falle ausdrücklich zugelassen, und zwar schon von ältern Juristen. In l. 3 § 5 uti poss. 43, 17 wird von Ulpian die Frage aufgeworfen: si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interd. Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Cassius habe die Anwendbarkeit des Interdicts geleugnet, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem, d. h. es sei dieser Ueberbau in demselben Besitz, wie das angeblich herrschende Haus, ja ein Theil dieses Besitzes, während der Nachbar eine ganz andere Sache, seinen Acker, besitze; da nun das interd. Uti possidetis voraussetze, daß über den Besitz derselben Sache gestritten werde, so sei das Interdict unzulässig. Cassius kennt also dieses nur noch in der ältern Gestalt (vgl. Bruns, Recht des Besitzes § 6), in der Kläger wie Verklagter denselben Besitz in Anspruch nehmen mußten, und es noch nicht zur bloßen Abwehr unberechtigter Angriffe benutzt wurde. Im § 6 berichtet Ulpian sodann aber, wie Labeo dieselbe Frage aufgeworfen (darum das: L. *quoque* dicit) und untersucht habe, ob das Interdict für diesen Fall also habe formulirt werden können: sicut nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectum est. Die Antwort, welche Labeo hierauf gegeben hat, erhellt erst aus § 7; denn wäre sie nicht bejahend gewesen, so könnte hier nicht fortgefahren werden: Aber der, welcher ein Zimmer über das fremde Haus als selbständige Superficies und mit eigenem Eigange von der Straße her inne hat, kann kein interd. Uti possidetis, sondern nur das interd. de superficiebus anstellen. Das ist nur wahr, fügt Ulpian noch=

Quasibesitz der Servitut unter der Decke des Besitzes der herrschenden Sache einen indirecten Interdictenschutz, jedoch nur soweit, als er sich durch jene Vorrichtungen manifestirte, und zog deßhalb der Innehaber einer serv. ligni immittendi den Balken aus der fremden Mauer heraus, so stand ihm nach Ansicht der ältern Juristen gewiß kein Interdict zu, falls der Nachbar die alsbaldige Wiedereinfügung eines neuen Balkens verhinderte, obgleich doch nach unsern früheren Ausführungen die Quasipossessio noch nicht nothwendig verloren sein würde. Man hat vielfach geglaubt, jene Auffassung habe bei allen städtischen Servituten Anerkennung gefunden; allein in den Stellen, wo die einzelnen Rechtsmittel aufgezählt werden, mit denen man sich gegen eigenmächtige Störungen negativer Servituten schützen kann, werden die possessorischen Interdicte nicht genannt[b]), und daraus geht schon hervor, wie z. B. in dem Höherbauen gegen eine

---

mals hinzu, wenn er einen Zugang von der Straße hat. Demnach also, hat er einen solchen von seinem benachbarten Hause her, und stellt sich das Verhältniß daher nicht als eine Superficies, sondern als eine Servitut zu Gunsten des Nachbarhauses heraus, so hat er das **interd. uti possidetis**. Vergl. Rudorff in der gesch. Zeitschr. Bd. XI ff. — Vangerow (Leitfaden Bd. I, § 355) ignorirt ganz den § 7 und findet deßhalb in § 5 und § 6 eine Bestätigung seiner Behauptung, daß das **interd. Uti possidetis** nie zum Schutz städtischer Servituten gegeben sei. Wenn er diese weiter damit begründen will, daß der wesentliche Zweck dieses Interdicts immer die Regelung der Parteirollen für das Petitorium gewesen sei, diese aber hier nicht zu geschehen brauchte, da sie ganz unabhängig vom Besitz erfolge; daß aber ferner die Frage, wer Besitzer sei, hier schon durch das Vorhandensein der Vorrichtungen dem Auge so deutlich beantwortet werde, daß darüber kein Streit sein könne und es der richterlichen Hülfe nicht bedürfe; — so übersieht er, daß es z. B. auch zwischen Usufructuar und Eigenthümer der Regelung der Parteirollen für das Petitorium nicht bedurfte und doch das **interd. Uti possidetis** zugelassen wurde, daß dessen Zweck auch war, während des Petitoriums der einen Partei die Ausübung zu ermöglichen, daß das bloße factische Vorhandensein der Vorrichtung noch nicht zum juristischen Besitz der Servitut genügt und daher der Richter noch weiten Spielraum für seine Thätigkeit hat, um festzustellen, ob der **animus** vorhanden und die Besitzfehler vermieden sind, ja daß endlich selbst darüber gestritten werden kann, wie weit die Vorrichtung vor der Störung bestanden hat. Also überflüssig ist das **interd. uti possidetis** keineswegs.

b) L. 6 § 1 si serv. vind. 8, 5; l. 5 § 10 de O. N. N. 39, 1.

serv. altius non tollendi eine Verletzung des körperlichen Bestandes der herrschenden Sache nicht gefunden wurde; bei Wegschneidung eines Balkens, der über die Grenze beider Grundstücke hinwegragte, war es anders, — hier ging Servitutenausübung und Besitz der köperlichen Sache so in einander über, daß man jene nicht ohne diesen stören konnte. Das konnte aber auch unsers Erachtens bei nicht städtischen Servituten vorkommen (wenn wir sie in dem gewöhnlich gebrauchten Sinne verstehen) und wenn z. B. ein Nachbar die vom fremden Grundstück in sein Land hineingewachsenen Baumwurzeln eigenmächtig abschnitt und also die Ausübung einer entsprechenden Servitut störte, so wird er nicht nur mit der aquilischen Klage und der actio arborum furtim caesarum [c]), sondern auch mit Interdicten wegen Störung im Besitze des Nachbargrundstücks belangt worden sein können.

§. 82.
Interdictum quod vi aut clam. – Operis novi nunciatio.

Die seither besprochenen Interdicte vermochten, wenn auch nur unter mancherlei beschränkenden Voraussetzungen, für bestimmte Klassen von Servituten jede Störung in der Ausübung zurückzuweisen; daneben hatte das ältere System noch besondere Schutzmittel gegen die Art der Störungen, welche durch Veränderungen an Grund und Boden vorgenommen wurden, und diese konnten zum Schutz aller Servituten benutzt werden. Hierhin gehört zuerst das interd. Quod vi aut clam, durch welches der Innehaber des dienenden Grundstücks angehalten werden konnte, alle dort im letzten Jahre [a]) trotz erhobenen Einspruchs (vi) oder heimlich [b]) vorgenommenen Aenderungen [c]), wenn

---

c) L. 6 § 2 arbor. furt. caes. 47, 7.

a) Dessen Berechnung regelt l. 15 § 4 quod vi aut clam 43, 24. Ausnahmsweise kann es auch wegen früherer Veränderungen gebraucht werden, nach l. 15 § 5 und 6 daselbst.

b) Ueber den Begriff der vis und clandestinitas in Beziehung auf dieses Interdict siehe: l. 1 § 5 bis l. 5 § 8, l. 11 § 5, l. 20 quod vi aut clam.

c) Diese werden näher bestimmt in: l. 7 § 5 bis l. 11 § 3, l. 13 pr. § 3, 4, 7, l. 18, l. 19, l. 22 daselbst.

sie von ihm selbst ausgingen, wieder rückgängig zu machen und den entstandenen Schaden zu ersetzen[d]), wenn sie ohne sein Zuthun durch Andere herbeigeführt waren, deren Rückgängigmachung zu dulden[e]), beziehungsweise, wenn sein Erblasser sie vollführt hatte, den ihm daraus erwachsenen Gewinn herauszugeben[f]). Von dem, welcher die Veränderung vorgenommen hatte, nun aber die veränderte Sache nicht mehr besaß, konnte Entschädigung erlangt werden[g]).

Ob die Einsprache (prohibitio) gegen jede Veränderung auf dem eigenen oder fremden Grund und Boden in gültiger Weise, so daß ihre Nichtbeachtung alsbald das Interdict begründete, wirklich von jedem Beliebigen ohne Nachweis eines Rechtes dazu habe vorgenommen werden können, wie es aus der allgemeinen Fassung des Edicts hervorzugehen scheint[h]), und wie dann noch die viel beschränktere und, von einigen Nebenpunkten abgesehen, weit weniger vortheilhafte operis novi nunciatio eine selbständige Stellung habe behaupten können, ist bekanntlich eine schwierige und viel besprochene Frage. Ein näheres Eingehen auf dieselbe ist uns hier bei dem uns zugemessenen Raum, und da sie unserm nächsten Ziele ferner liegt, nicht gestattet; wir können aber auf die Ausführungen von Schmidt (Gießer Zeitschrift, Neue Folge Bd. I S. 346 ff.) und von Vangerow (Leitfaden, Bd. III § 677) verweisen, indem wir mit ihnen annehmen, daß diese Einsprache von einem jeden erhoben werden konnte, daß sie aber, wenn sie einem Besitzer gegenüber in Beziehung auf das von ihm besessene Grundstück erhoben ward, als ein Eingriff in seinen Besitz erschien und daher, falls dieser Eingriff ungerechtfertigt vorgenommen ward, mit dem Interdicte Uti possidetis zurückgewiesen werden konnte[i]). Wer daher

d) L. 11 § 4, l. 13 § 7, l. 15 § 7, l. 16 § 2 daselbst.

e) L. 7 pr., l. 13 § 7, l. 14, l. 15 § 1, l. 16 § 2 daselbst.

f) L. 15 § 3 daselbst.

g) L. 16 § 2 daselbst.

h) L. 1 pr. quod vi aut clam; vgl. § 1 — § 5 daselbst.

i) Eine Ausnahme fand nur zu Gunsten der Kloaken statt. Prohibirte der Innehaber einer serv. cloacae, um diese zu schützen, die Vornahme von Bauten, so konnte der gestörte Besitzer doch nicht das Interdict Uti possidetis

trotz erlassener Prohibition, von wem sie auch immer ausgegangen sein mag, die Veränderung vornimmt, verfällt dem Interdict Quod vi aut clam; wer aber der Prohibition diese Kraft nehmen will, und seinen Besitz zu erweisen vermag, kann das Interdict Uti possidetis erheben[k]). Diesem gegenüber kann die Vertheidigung aber nicht bloß darin bestehen, daß man den Besitz des Gegners bestreitet, sondern auch darin, daß man darlegt, wie man seiner Seits in einem Verhältniß zur Sache steht, auf Grund dessen man auch gegen den Willen des Besitzers auf die körperliche Sache in der bestimmten Weise einwirken kann, indem man sie z. B. aus einem Rechtsgrunde detinirt. Dieses factische Verhältniß wird dem Interdict Uti possidetis gegenüber Berücksichtigung finden müssen; dagegen das bloße Vorhandensein eines Rechtes auf eine solche Einwirkung gewährt noch keine Befugniß zu eigenmächtigen Eingriffen in den Besitz und vermag daher jene prohibitio nicht aufrecht zu erhalten. Daher konnte gewiß auch, so lange ein Quasibesitz an Servituten noch nicht anerkannt wurde, auf die Servitut allein eine dem Besitzer der dienenden Sache gegenüber haltbare prohibitio nicht gebaut werden, und die operis novi nunciatio war auch für solche Fälle das einzige nachhaltige Mittel. Nur da, wo die Veränderung eine solche auf dem dienenden Grundstück belegene, aber mit dem herrschenden Grundstück unmittelbar verbundene Vorrichtung betraf, wie sie nach dem vorigen Paragraphen indirect durch Besitzinterdicte geschützt wurde, da wird auch die prohibitio durch Berufung auf diesen indirecten Besitz haben gerechtfertigt werden können. Davon abgesehen war also früher die praktische Brauchbarkeit dieser Prohibition für den Servitutberechtigten nur dem gegenüber, welchem keine possessorischen Interdicte in Beziehung auf die dienende Sache zur Seite standen, eine durchgreifende, dagegen dem Besitzer derselben gegenüber eine sehr geringe; allerdings mußte die Furcht vor dem Interdict Quod vi aut clam bewirken, daß nicht heimlich die Veränderungen vorgenommen

---

brauchen, weil der Prätor von diesem Interdict ausdrücklich sagte: De cloacis hoc interdictum non dabo, (vgl. l. 1 pr. uti possid.). Es ist dies ein Theil des besondern Schutzes, den die Kloaken genossen. Vgl. § 80.

k) L. 3 § 2 uti possid. 43, 17.

wurden, daß deßhalb oft eine Denunciation der beabsichtigten Aenderungen vorher ging und der Servitutberechtigte daher frühe seine Rechte geltend machen und die confessorische Klage erheben konnte; ferner gab ihm dies Interdict auch die Möglichkeit, für kurze Zeit, bis zur Anbringung des interd. Uti possidetis, die Störung der Servitut durch eine prohibitio zu verhindern, es hatte gleichsam die Function unsers Summariissimum aber allerdings nur auf eigene Gefahr und Kosten. Eine weit größere Bedeutung für die Servituten erhielt dies Interdict nach Ausbildung der Lehre vom Quasibesitz. Davon haben wir erst im folgenden Abschnitt zu reden.

Das zweite Schutzmittel gegen Störungen in der Ausübung von Servituten durch Veränderungen des Grund und Bodens war die operis novi nunciatio; doch mußten die Veränderungen hier einen bestimmtern Charakter haben, sie mußten Aenderungen eines Bauwerks oder durch ein Bauwerk sein [l]), und ferner waren es nicht alle Servituten, welche die O. N. N. schützen konnte, sondern nur bestimmte Arten. Allerdings sagt die l. 1 § 3 de remission. 43, 25: Jus habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium aut servitutem habet, — und in l. 5 § 9 de O. N. N. führt Ulpian nach dem Vorbild von Sextus Pedius einen dreifachen Rechtsgrund (naturalem, publicam, impositiciam) für die Nunciation auf, und sagt über den letzten davon: *Impositiciam*, quum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem fecit. Allein daß doch nicht der Sinn dieser Stellen sein kann, kraft jeder Servitut sei man zur Nunciation berechtigt, geht aus der l. 14 de O. N. N. hervor, wo Julian sagt: Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur, und ebenso aus der wiederholten Vorschrift, daß der Usufructuar nur procuratio nomine nunciren dürfe, d. h. als Stellvertreter des Eigenthümers, und daher niemals gegen diesen [m]), — während es doch sonst die hauptsächlichste Function der O. N. N. ist, den Servitutberechtigten gegen Willkürlichkeiten des Eigenthümers zu schützen. Nur einmal

l) L. 1 § 1, § 11—13 de O. N. N. 39, 1.

m) L. 1 § 20, l. 2 de O. N. N.; l. 1 § 4 de remiss. 43, 25.

wird die O. N. N. in Beziehung auf eine bestimmte Servitut als zulässig erwähnt, nämlich in l. 6 § 7 si serv. vind. 8, 5 für die servitus oneris ferendi.

Wo nun die Grenze zwischen beiden Klassen von Servituten gelegen hat, darüber haben unsere Juristen viel gestritten und, wie es bei den wenigen uns in den Quellen gebotenen Anhaltspunkten kaum anders möglich war, viel gerathen; am häufigsten hat man diesen Unterschied an den zwischen servitutes praediorum urbanorum und rusticorum anzuknüpfen gesucht und gesagt, zum Schutz der ersteren sei die O. N. N. möglich gewesen, zum Schutz der letztern, so wie der Personalservituten dagegen unmöglich. Allein genügende Gründe hat man hierfür kaum anzugeben vermocht, und wir erwähnten schon früher § 41 S. 378 Anm. a, daß es, da sich ein charakteristischer innerer Unterschied in der Construction der städtischen und in der der ländlichen Servituten nicht auffinden läßt, schon von vorne herein unwahrscheinlich ist, daß jene ihrer praktischen Anwendung nach wenig wichtige, und durchaus willkürliche Schöpfung einen solchen Unterschied erst geschaffen hat. Ohne auf alle hier aufgestellten Meinungen eingehen zu können[n]) und überzeugt, daß hier, soweit wir jetzt sehen, doch nur ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht werden kann, glauben wir uns darauf beschränken zu dürfen, in kurzen Zügen ein Bild des bei der O. N. N. eingehaltenen Verfahrens und ihrer verschiedenen Functionen zu geben, um daran auch unserer Seits Vermuthungen über die Grenzen ihrer Zulässigkeit zu knüpfen.

Wer fürchtet, daß durch die Errichtung, Entfernung oder Aenderung eines Bauwerks seine Sache verletzt oder ein öffentliches Recht gekränkt werden könne, bewirkt durch eine gegen das Werk gerichtete ausdrückliche entsprechende Erklärung, daß das Werk einstweilen unterbleiben muß, widrigenfalls der Nunciant nach Darlegung eines solchen Rechtstitels, auf welches überhaupt eine Nunciation gegründet werden kann, mit dem interd. de opere restituendo (demolitorium) die Herstellung des zur Zeit der Nunciation be=

---

n) Sie werden angedeutet von Zachariä von Lingenthal über die Unterscheidung von serv. praed. rust. und urb. S. 7 ff.

standenen Zustandes erlangen kann, und zwar ohne daß er dann nachzuweisen hat, wie die vorgenommene Aenderung speciel mit seinem Rechte in Conflict steht. Mit dieser Nuntiation greift er durchaus nicht in den Besitz des Nuntiaten ein und setzt sich deßhalb keinen Interdicten aus, vielmehr ward in der Anstellung derselben die Erklärung gefunden, daß man selbst nicht besitze, so daß die O. N. N. deßhalb viel unvortheilhafter ist, wie die oben besprochene prohibitio[o]). Dagegen muß aber der Nuntiant nicht nur auf Verlangen den Calumnieneid leisten, sondern auch alsbald sein Recht, diesen bestimmten Bau verhindern zu dürfen, durch Erhebung einer Klage geltend machen. Wird er hierbei abgewiesen, oder verzieht sich der Proceß über drei Monate, und leistet der Denuntiat Cantion dafür, daß er den frühern Zustand, wenn das Recht, zu verhindern, später erwiesen würde, auf eigene Kosten wieder herstellen wolle, so wird die Wirkung der Denuntiation vom Richter aufgehoben. Das Recht zu einer vollgültigen Denuntiation hat, wenn sie nicht etwa publici iuris causa geschah, wo quisquis ex populo sie vornehmen konnte, von den Servitutinnehabern vorläufig abgesehen, jeder, dem das Eigenthum, dem eine Superficies oder Emphyteusis, oder dem Pfandrechte an der veränderten Sache zustehen. Miteigenthümer konnten aber nicht gegen einander denuntiren[p]).

Uebersehen wir dieses Verhältniß, so ist es besonders eine anomale Eigenthümlichkeit, die alsbald in die Augen springt — diese Erlaubniß zur gänzlichen Nichtachtung des Besitzstandes, zu einem unmittelbaren außergerichtlichen Eingreifen in das factische Herrschaftsverhältniß eines Andern, so daß dieses dadurch in seinen wichtigsten Consequenzen gelähmt wird. Daß man diese exceptionelle Befugniß dem, welcher Eigenthum oder welcher ein emphyteutisches oder superficiarisches Recht an dem Grund und Boden nach=

---

o) L. 5 § 10 de O. N. N.: Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere, vel proiicere vult, melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nunciatione. Ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus.

p) Vgl. die Darstellung der Lehre von der O. N. N. bei Vangerow § 676. Puchta, Pandekten § 396. Arndts, Pandekten § 330.

zuweisen vermochte, auf welchem gebaut werden sollte, um des unersetzbaren Schadens willen zugestand, der ihm entstehen konnte, wenn er nicht alsbald mit der nöthigen Energie gegen das Unternehmen einschritt, — das läßt sich dadurch rechtfertigen, daß doch immer schon von vorne herein eine große Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden ist, daß ihm auch ein Recht zusteht, jene Bauten zu hindern, und man wohl fordern kann, daß wer auf fremden Boden einen Bau vornehmen will, sich erst versichere, ob er Einspruch zu erwarten habe, und in diesem Falle sich so einrichte, daß die Verzögerung seines Baues, welche durch den Proceß entsteht, ihm und seinen Bauten nicht schade. Es rechtfertigt sich ebenfalls, wenn man dieses Schutzmittel daneben den Servitutberechtigten gegen jeden und auch gegen den Eigenthümer, der auf eigenem Boden bauen wollte, in solchen Fällen ertheilte, wo das Vorhandensein der concreten Servitut es von vorneherein wahrscheinlich machte, daß dadurch ein Bau, wie der versuchte, untersagt worden sei, und daher der Bauende auf einen solchen Widerspruch gefaßt sein konnte. Aber diese Wahrscheinlichkeit stand nicht jedem Servitutberechtigten zur Seite; es gab Servituten, wo es ganz besonderer exceptioneller Verhältnisse bedurfte, damit sie durch Bauten verletzt werden konnten, und wenn daher der Innehaber einer solchen Servitut wegen Nichtbeachtung der von ihm interponirten O. N. N. das interdictum demolitorium erhob, so wird der Prätor seine Hülfe verweigert haben, da er jenem eine Befugniß zur Vornahme einer gehörigen Nuntiation durch sein Edict nicht zugestanden haben wollte. Bei der unendlichen Anzahl von Servituten konnte der Prätor nicht ein für alle Mal festsetzen, welche Servituten er als genügend zur Erhebung einer gültigen O. N. N., welche er als ungenügend ansehe, er behielt sich dies für jeden einzelnen Fall vor und gab seinem Edict demgemäß nach dieser Seite hin eine weite und unbestimmte Fassung[q]). Die Jurisprudenz er=

---

q) L. 20 pr. de O. N. N. 30, 1. Praetor ait: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret etc. Also über die Qualification des Nuntianten verfügte er nichts. — Es steht dieses Verfahren des Prätors durchaus nicht vereinzelt da, sondern auch bei andern von ihm geschaffenen Instituten hatte er dem einzelnen Falle die Entscheidung über die Voraussetzungen vorbehalten. So z. B. sollte nach den Worten des Edicts jedem die cautio

gänzte allmälig diese Lücke, und während sie die serv. altius non tollendi, tignum immittendi, oneris ferendi jeder Zeit als genügend anerkannt haben wird, um die Nuntiation zu begründen, so wollte sie dagegen nach l. 14 de O. N. N. die Wegeservituten dazu nicht hinreichen lassen. Denn es konnten die verschiedenartigsten Bauten auf dem dienenden Grundstück vorgenommen werden, ohne daß dadurch schon die Benutzung des Wegs unmöglich wurde, es gehörten besondere Umstände dazu, damit die beabsichtigten Bauten mit diesen Servituten collidirten, und da für diese Besonderheiten nicht vermuthet werden konnte, so wurde hier dieses exceptionelle Schutzmittel versagt. Daß der Usufructuar jedem Dritten gegenüber die Vornahme von Bauten auf dem usufructuarischen Grundstück verbieten könne, dafür sprach wieder die Vermuthung im höchsten Grade; doch weniger wahrscheinlich war es, daß nicht noch dem Eigenthümer vorbehalten sei, gewisse Aenderungen auf dem dienenden Grundstück vorzunehmen, namentlich so lange der Usufructuar noch nicht die Detention der Sache ergriffen hatte, und der Eigenthümer sie daher mit vollem Rechte nach seinem Ermessen administrirte. Das Verhältniß zwischen Eigenthümer und Usufructuar war ein so complicirtes, und so verschiedenartige Interessen collidirten mit einander, daß zwischen ihnen dies immerhin gewaltsame und scharf, ohne Berücksichtigung der einzelnen Ansprüche und Gegenansprüche einschneidende Mittel der O. N. N. nicht gebraucht werden sollte[r]). Es verhielt sich hier ähnlich, wie zwischen mehreren Miteigenthümer, die sich auch nicht gegenseitig nuntiiren sollten[s]); ein Miteigenthümer konnte dem andern die Vornahme jedes Baus untersagen und dieses Verbot mit der negatorischen Klage durchfechten, aber die O. N. N. sollte er nicht gegen ihn brauchen, weil auch das Verhältniß durch

---

damni infecti geleistet werden; der den Calumnieneid geschworen hatte (vgl. l. 7 pr. de damno inf. 39, 2); aber gleichwohl konnte Ulpian in l. 13 § 3 daselbst sagen: Quisquis igitur iuraverit de calumnia admittitur ad stipulationem, et non inquiretur utrum intersit eius, an non, vicinus aedes habeat, an non habeat; *totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non.*

r) L. 2 de O. N. N.

s) L. 3 § 1 u. 2 de O. N. N.

zu verschiedene Einflüsse beherrscht, ja, um so zu sagen, zu zart war, als daß ein solches absolutes, schroff dazwischen gestelltes Veto heilsam hätte wirken können. Bei dieser Auffassung können wir allerdings eine scharfe Grenze zwischen den Servituten, welche zur O. N. N. berechtigten, und denen, welche dies nicht thaten, nicht aufstellen, indem auch bei städtischen Servituten der Prätor die O. N. N. verweigert haben wird, wenn z. B. diese nur dahin ging, daß der Nachbar auf seinem Grundstück nicht ein lärmendes Gewerbe treiben solle oder dergl. Daß einem Institute die festen, ein für allemal gegebenen Grenzen gefehlt haben sollen, erscheint auf den ersten Blick allerdings als ein Mangel in der Rechtsbildung; allein dieser mildert sich bedeutend, wenn man bedenkt, daß es sich nur um die Zulässigkeit eines provisorischen Schutzmittels handelt, und der Entscheidung über die Berechtigung zum Bauen dadurch durchaus noch nicht vorgegriffen wird.

Uebersehen wir die provisorischen Schutzmittel des älteren Systems, so werden wir finden, daß dasselbe manche Lücke ließ. Gegen jede Art der Störungen von Wege- und Wasserservituten, so wie gegen Verletzungen solcher zur Servitutausübung auf dem dienenden Grundstück angebrachten Vorrichtungen, welche unmittelbar mit dem herrschenden Grundstück verbunden waren, war ein, wenn auch beschränkter Interdictenschutz gegeben. In so fern Aenderungen des Grund und Bodens die Servitutausübung bedrohten, gab es ebenfalls einen provisorischen Schutz. In allen andern Fällen aber blieb dem, welcher in der Servitutausübung gestört wurde, nur das Mittel, die confessorische Klage zu erheben, und er mußte also sein Recht erst vollständig beweisen, ehe er gegen irgend jemanden geschützt wurde, und selbst während des Processes hatte er ursprünglich kein Mittel, um die Ausübung in der seitherigen Weise fortsetzen zu können (vergl. § 62 S. 649). Das galt nicht nur für Weideservituten, für die serv. arenae fodiendae u. s. w., sondern vor Allem auch vom Ususfruct und mußte sich hier als besonders unbequem erweisen; die vielfach versuchte Aushülfe durch Stipulationen genügte nicht,

und so drängte Alles, um dem Institut der Quasipossessio, erst in einzelnen Anwendungen, dann in seiner ganzen Ausdehnung Bahn zu brechen.

II. Einfluß der Theorie vom Quasibesitz auf das System der provisorischen Schutzmittel.

§. 83.

Wir betreten hier am Ende unsers Werks ein Gebiet, das zu den bestrittensten des ganzen Servitutenrechtes gehört, — es ist vor Allem die Frage, wie weit können die ursprünglich zum Schutz des Besitzes an körperlichen Sachen proponirten Interdicte analog zum Schutz der Quasipossessio von Servituten verwandt werden, — eine Frage, welche in den letzten Jahrzehnten vielfach besprochen und von unsern Juristen in gar verschiedener Weise beantwortet ist[a]). Eine genügende Antwort scheint uns aber nur gegeben werden zu können, wenn man, — und das ist unsers Erachtens seither zu wenig geschehen, — den Entwickelungsgang verfolgt, den die Theorie vom Quasibesitz zu den Zeiten der klassischen Jurisprudenz genommen hat. Wir haben schon früher (§ 62) darzustellen gesucht, wie eine dem Sachenbesitz analoge Bildung allmälig auf dem Servitutengebiet anerkannt wurde, wie in Verfolg derselben die Tradition, die Publiciana, die Verjährung u. s. w. sich auch hier ausbildeten, und wie am Usufruct um der Aehnlichkeit willen, welche seine äußere Erscheinung mit der des Eigenthums bietet, die erste Probe mit jenen Begriffen gemacht wurde. Dafür, daß nun auch die Interdicte zum Schutze des Servitutenbesitzes wirklich zugelassen sind, dafür fehlen uns die unmittelbaren Zeugnisse zwar nicht ganz, aber diese können doch nur von einer sehr partiellen Zulassung Kunde geben. Wir

---

a) Eine kurze Uebersicht über die verschiedenen Ansichten und deren Anhänger siehe z. B. bei von Vangerow, Leitfaden Bd. I, § 355.

haben schon früher (§ 62 S. 668) dargestellt, wie die spätern klassischen Juristen dem Usufructuar das Interdict Unde vi und zwar mit Berufung auf ausdrückliche Bestimmungen des prätorischen Edicts zugestehen, wie Paulus als Gegner der Theorie vom Quasibesitz dies nur als eine singuläre Uebertragung der regelmäßigen Attribute des Eigenthümers auf den Usufructuar, Ulpian dagegen als eine Anerkennung des Quasibesitzes in einer seiner wichtigsten Consequenzen auffassen konnte, wie ferner das Interdict Uti possidetis dem Usufructuar schon von Pomponius und dann von Ulpian zugestanden wurde, und zwar, wie es scheint, ohne daß der Prätor es ausdrücklich für diesen Fall erweitert hatte. Die Anwendung dieser Interdicte zum Schutz anderer Servituten vermögen wir jedoch nicht sicher zu erweisen[b]). Erwägen wir aber, daß erst mit Ulpian die

b) Aus l. 5 § 9 und 10 de O. N. N. 39, 1 wird man sogar folgern wollen, daß selbst Ulpian, also der Vorkämpfer für die Theorie des Quasibesitzes, die possessorischen Interdicte ausdrücklich für unanwendbar zum Schutze von Servituten erklärt hat. Denn nachdem er im § 9 die Ausführung von Sextus Pedius definirt hat, wonach eine triplex causa der operis novi nunciatio vorkomme, nämlich eine naturalis (gegen ein opus auf dem Grund und Boden des Nuntianten), eine publica (gegen ein opus, das öffentliche Gesetze verletzt) und einen impositici (quum quis posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit), fährt er im § 10 in indirecter Rede fort und erinnert daran, wie sich die O. N. N. nicht empfehle, „quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel proiicere vult“, weil der Nuntiant darauf verzichte, selbst Besitzer zu sein; hier sei es vortheilhafter, eine prohibitio zu erlassen und bei deren Nichtbeachtung das Interdict Quod vi aut clam zu erheben, oder alsbald das Interdict Uti possidetis anzustellen. „At“, heißt es weiter, „si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria“. Wenn man dieses wörtlich übersetzt, und durch den Zusammenhang scheint man noch besonders dazu ermächtigt zu sein, so hätte man als provisorisches Schutzmittel gegen den Eigenthümer, der auf dem dienenden Grundstück gegen die lex servitutis Bauten vornimmt und also „in suo“ handelt, nur die O. N. N. Allein damit steht im größten Widerspruch, daß Ulpian selbst und zwar im 17ten Buch ad Edictum (die fragliche l. 5 ist aus dem 52sten Buch ad Edictum) ausgeführt hat, wie der Innehaber einer serv. altius non tollendi oder ähnlicher Servituten gegen den Eigenthümer des dienenden Grundstücks, welcher den seitherigen Zustand

Theorie vom Quasibesitz zum entschiedenen Durchbruch, ja vielleicht erst durch die Aufnahme von Ulpians Ansichten in das Corpus Juris

---

durch Höherbauen unterbrechen wolle, eine prohibitio erlassen und nöthigen Falls ein Interdict Quod vi aut clam erheben könne [l. 6 § 1 si serv. vind. 8, 5]. Demnach kann der Sinn jenes Gegensatzes si in nostro — si in suo nicht sein: je nachdem auf dem Eigenthum des Bedrohten, oder auf dem eines Andern gebaut wird, sind neben der O. N. N. noch jene andern provisorischen Schutzmittel verwendbar, sondern er muß jene Pronomina in einem weitern unbestimmtern Sinn gebraucht haben, so daß es heißt: je nachdem der Bedrohte den Besitzesschutz für sich in Anspruch nehmen kann, (in nostro), oder nicht (in suo), ist er auf die O. N. N. beschränkt oder hat jene andern vortheilhafteren Mittel. Die Frage, wer Besitzesschutz in Anspruch nehmen kann, läßt er hier durchaus außer Acht. So, glauben wir, wird l. 5 § 10 de O. N. N. nicht benutzt werden dürfen, um zu beweisen, daß selbst Ulpian jede Verwendung der possessorischen Interdicte zu Gunsten der Servituten für unmöglich gehalten habe, vielmehr macht die l. 6 § 1 si serv. vind., indem sie dem Servitutberechtigten, wenn er, wie sie ausdrücklich sagt, „possessor" sei, die Vornahme einer prohibitio und demgemäß die Anstellung des interd. Quod vi aut clam gestattet, es im höchsten Grade wahrscheinlich, daß Ulpian auch die possessorischen Interdicte zu Gunsten eines solchen Servitutberechtigten zugelassen hat, oder wenigstens, wenn er sich mit dieser Frage beschäftigt hätte und consequent verfahren wäre, zugelassen haben würde. Denn wenn, wie im vorigen Paragraph ausgeführt ist, zwar jeder Beliebige eine prohibitio erlassen und bei deren Nichtbeachtung das Interdict Quod vi aut clam erheben kann, aber nur auf die Gefahr hin, daß er dadurch als Störer des Besitzes die possessorischen Interdicte heraufbeschwört, so muß daraus, daß einem Servitutberechtigten ausdrücklich das Recht zum Prohibiren und das Interdict zugestanden wird, gefolgert werden können, daß er diese Prohibition den Interdicten des Sachbesitzers gegenüber aufrecht erhalten kann, und daß daher auch im Streit um den Besitz die Servituten, und zwar, da das dem ganzen Geiste des Verfahrens widerstritte, nicht sowohl das dingliche Recht, als vielmehr die seitherige factische Ausübung derselben, Berücksichtigung gefunden haben. Konnte man darauf aber erst einmal eine Exception bauen, so wird, zumal um des Charakters des interd. Uti possidetis als interdictum duplex willen, auch bald eine Klage darauf haben gebaut werden können. — Ohnehin können wir auch beim Ususfruct beobachten, wie die possessorischen Interdicte und die Befugniß, ungerächt zu prohibiren und das interd. Quod vi aut clam zu erheben, Hand in Hand mit einander gehen. Denn wie der Usufructuar das interd. Unde vi und Uti possidetis anstellen konnte, so mußte er auch, wie Venulejus, Paulus und Ulpian hervorheben (l. 12, l. 13 pr.,

zur ausschließlichen Herrschaft gelangte, so dürfen wir daraus, daß uns einzelne Consequenzen dieser Theorie noch nicht in den Schriften der Pandektenjuristen entgegentreten, nicht folgern, daß diese Consequenzen um irgend eines Hindernisses willen nicht gezogen werden können, sondern wir müssen berücksichtigen, daß eben Ulpian einer der letzten klassischen Juristen ist, daß nach ihm die Triebkraft und Productionsfähigkeit des römischen Rechts zu erlahmen, oder richtiger sich aus dem weiten Organismus, den sie sie seither ganz durchdrungen hatte, auf einige wenige Triebe zurückzuziehen begann, und daß uns daher in mannigfacher Beziehung die Aufgabe geworden ist, die erst im spätern römischen Recht zur Geltung gelangten Sätze auszubilden und mit dem übrigen Rechte in Harmonie zu setzen.

Demgemäß ist es nun auch nicht eine ungerechtfertigte Willkür, sondern es ist nur ein naturgemäßes Fortschreiten auf der von den römischen Juristen bereits betretenen Bahn, wenn wir jeden Servitutenbesitz, sobald er nur die im § 62 von uns aufgestellten Requisite hat, durch analoge Erweiterung der Interdicte Uti possidetis und Unde vi geschützt haben wollen. Wie das Institut der Tradition und wie die Publiciana auch zuerst für den Ususfruct ausgebildet und dann erst für die übrigen Servituten erweitert wurde, so ist auch der Interdictenschutz schon von den römischen Juristen dem Usufruct zugänglich gemacht; der Schritt, den wir daher noch zu

---

l. 16 § 1 quod vi aut clam 43, 24), so bald und so weit sein Usufruct verletzt wurde, prohibiren und das Interdict Quod vi aut clam erheben können. In der l. 16 quod vi aut clam begegnet uns freilich auch hier wieder die oft erwähnte abweichende Auffassung des Paulus, indem er zuerst den Satz aufstellt: Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest, und dann im § 1 untersucht, wann das Interesse des Usufructuars durch Veränderungen des Bodens verletzt werde, so daß er also ihn zu denen rechnet, qui non possident. Allein er sieht ja auch in der Gewährung der possessorischen Interdicte an den Usufructuar eine anomale Verleihung der regelmäßigen Attribute des Eigenthums, die aber, wie er hier anerkennt, die Folge hat, daß der in der Ausübung begriffene Usufructuar nun auch prohibiren kann. Also der enge Zusammenhang, in dem die possessorischen Interdicte und die Befugniß zu einer wirksamen und haltbaren Prohibition stehen, spricht auch hieraus und läßt auch wohl den Rückschluß zu, daß, wo letztere anerkannt wird, auch erstere möglich erscheinen müssen.

thun haben, ist nur ein sehr kleiner[c]). Man darf nun aber unserer Ansicht nach, die hier allerdings die Ansicht aller Auctoritäten gegen sich hat, von diesem Fortschritt nicht die Wege- und Wasserleitungsservituten ohne weiteres ausschließen, und sie lediglich auf ihre alt überkommenen Wege- und Wasserinterdicte, wie wir sie oben § 79. besprochen haben, beschränken wollen, sondern neben diesen wird jetzt auch noch das interd. Uti possidetis oder Unde vi völlig zuläſſig sein. Denn wir glauben erwiesen zu haben, daß die interd. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana etc. durchaus nicht die Quasipossessio als solche schützen und dieselbe auch gar nicht zu ihrer Voraussetzung haben, und es liegt auf der Hand, wie die possessorischen Interdicte neben jenen noch ein sehr weites Feld der Anwendbarkeit finden, ja wie sie namentlich das Interdict de itinere actuque privato um der strengen Voraussetzungen desselben willen in den häufigsten Fällen ganz verdrängen werden[d]). Welche Disharmonie im Rechte entsteht, wenn man im Allgemeinen jeden Servitutenbesitz durch possessorische Interdicte schützt, dagegen aber die Ausübung einer Wegegerechtigkeit erst nach einer Wiederholung an dreißig Tagen, das hat die Praxis von jeher erkennen müssen und hat, da der Zusammenhang in der römischen Entwicklung verschleiert und unkenntlich geworden war, durch die Ausbildung der Spolienklage oder des Summariissimum diesen Mangel zu beseitigen gesucht. Es hätte hier unseres Erachtens bei richtiger Erkenntniß auch lediglich vom Boden des römischen Rechts aus geholfen werden können.

Die Voraussetzungen der Interdicte Uti possidetis und Unde vi müssen hier natürlich dieselben sein, wie bei ihrer ursprünglichen Anwendung; für beide ist also der Nachweis des Quasibesitzes nöthig, und zwar für ersteres muß derselbe innerhalb des letzten Jahres

c) Wenn man dagegen behauptet, das interd. Uti possidetis sei um der Fassung des Edicts willen zu wenig biegsam gewesen, als daß es soweit analog hätte erweitert werden können, — so wollen wir nur an die l. 14 de iniur. 47, 10 erinnern, wo selbst Paulus gegen Störungen eines „maris proprium ius“ dies Interdict zuläßt. Vgl. § 31 S. 278.

d) Wir müssen allerdings zugestehen, daß sich Ulpian dessen kaum bewußt gewesen sein wird, als er die Theorie dieses Interdicts so sorgfältig darstellte, (l. 1 und l. 3 de itinere).

fehlerlos vorhanden gewesen sein[e]). Das Interdict Quod vi aut clam verlangt die Störung durch wirkliche Gewalt, welche aber hier, wie wir früher schon auszuführen Gelegenheit hatten, (vgl. § 68 S. 745) viel häufiger ist, wie dem Sachenbesitz gegenüber; ist diese gewaltsame Dejection im letzten Jahre vorgekommen, so wird durch das Interdict Ersatz alles Schadens erreicht, ist sie schon älter, Herausgabe der Bereicherung[f]).

Das Interdict de precario kann zum Schutz eines Servitutbesitzes, wenn wir vom Ususfruct absehen, nur dem Innehaber des dienenden Grundstücks gegenüber benutzt werden, indem an den unveräußerlichen Servituten nicht anders ein Precarium vorkommen kann, als daß precario auf sie verzichtet wird, wo dann mit jenem Interdict jeder Zeit ihre Herstellung verlangt werden kann[g]). Wir können in dieser Beziehung auf das § 32 S. 290 Dargestellte verweisen; wenn wir aber dort sagten, nur dem Eigenthümer der dienenden Sache könne ein solches Precarium bestellt werden, so war das zu eng gefaßt, indem dasselbe jedem gegenüber vorkommen kann, der an der Freiheit der dienenden Sache ein, wenn auch nur vorübergehendes Interesse hat. Auch wenn der Berechtigte dem Pächter, dem gutgläubigen Besitzer, dem Usufructuar u. s. w. auf sein Bitten gestattet, daß er den Weg verbaut oder dergl., so ist das noch keine unstatthafte Veräußerung der Servitut, und um dabei den Berechtigten dem Precaristen gegenüber zu schützen, dient jenes Interdict.

Allen diesen possessorischen Interdicten gegenüber kann der Beklagte, soweit es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Sicherung des Servitutenbesitzes für die Zukunft handelt, zur Vertheidigung geltend machen, wie ein Umstand eingetreten sei, durch welchen die angeblich besessene Servitut, auch wenn sie rechtlich begründet wäre, untergangen sein müßte. Wie jedoch Justinian durch Aufnahme von Stellen des Paulus diese Regel für das Interdict Unde vi durchbrochen hat, und wie wir aus der Zusammenfügung der in denselben Titel (de vi 43, 16) befindlichen Ueberreste verschiedener

e) Arg. leg. 1 pr. uti possidetis 43, 17.
f) Arg. leg. 1 pr. de vi 43, 16.
g) L. 17 comm. pr. 8, 4.

Systeme, zu dem aus Zweckmäßigkeitsgründen zu empfehlenden Satze gelangen: Ist das Interdict Unde vi durch gewaltsame Entsetzung eines Usufructuars einmal begründet, so geht es nur verloren, wenn ein Umstand eintritt, der jeden Ususfruct aufzuheben vermag, nicht aber schon dann, wenn der Untergang des bestimmten Ususfructs nur durch eine besondere Festsetzung der speciellen lex servitutis herbeigeführt werden sollte, — das haben wir schon oben § 62 S. 669 Anm. vv ausgeführt. Dieser Satz wird, seitdem das Interdict auch zum Schutze anderer Servituten verwandt wird, für diese eine analoge Anwendung erleiden.

Wie die Brauchbarkeit der prohibitio und des interd. Quod vi aut clam bei baulichen Aenderungen, welche die Servitutausübung gefährden, eine viel größere geworden ist, seitdem der Servitutinnehaber nicht mehr befürchten muß, deßhalb vom Sachbesitzer wegen Besitzstörung mit dem interd. Uti possidetis zur Rechenschaft gezogen zu werden, sondern sich dem gegenüber auf seine Quasipossessio berufen kann, haben wir schon beiläufig oben (S. 842 Anm. b) ausgeführt. Seitdem ist dagegen die Anwendbarkeit der operis novi nuntiatio mehr zurückgetreten, weil nun der Servitutinnehaber sich vorsehen muß, daß er nicht durch Benutzung derselben eingesteht, er sei nicht Quasipossessor der Servitut, und daß er also dadurch nicht auf die mancherlei Vortheile des Servitutenbesitzes verzichtet[h]).

h) L. 5 § 10 de O. N. N. Siehe § 82 S. 837 Anm. o.

Nachtrag.

Zu §. 9.

Verhältniß der Servituten bei Theilung der dienenden Sache.

Wir haben früher die Frage, wie sich die Servitut gestaltet, wenn aus der einen dienenden Sache zwei oder mehrere Sachen gemacht werden, unbeantwortet gelassen (vgl. S. 91) und müssen sie hier noch nachträglich erörtern[a]). Es wäre einmal denkbar, daß sich in solchem Falle die Servitut ebenso in mehrere Servituten zerlegte, wie wenn die herrschende Sache körperlich getheilt wird (vgl. § 11 S. 103), dann aber auch, daß die Servitut trotz der Theilung der dienenden Sache als eine einzige fortbestände, wie ja selbst an Sachen, die von Anfang an in verschiedenem Eigenthum sich befanden, einheitliche Servituten möglich sind (vgl. § 9 S. 86). Je nachdem man sich für die eine oder andere Annahme erklärt, wird man die beiden Fragen verschieden beantworten müssen,

1) ob die Ausübung der Servitutbefugniß auf dem einen körperlichen Theil der früheren einheitlichen Sache den Berechtigten gegen den Untergang durch Nichtgebrauch auch auf den andern Theilen sichert, oder nicht.

---

a) Für Personalservituten an beweglichen Sachen wird diese Frage kaum Bedeutung haben, da mit einer körperlichen Theilung derselben meistens auch eine solche Veränderung ihres Charakters vor sich gehen wird, daß deßhalb die Servituten erlöschen.

2) ob der Servitutberechtigte die ganze Last der Servitut auf den einen Theil legen, oder ob er auf jedem Theil nur einen entsprechenden Theil der Servitutbefugnisse üben darf, so daß die Summe derselben etwa ähnlich zerlegt wird, wie wenn das herrschende Grundstück getheilt ist.

Letztere Frage hat da keine Bedeutung, wo der Servitutberechtigte die Sache in ihrem ganzen Umfange gleichzeitig zur Nutzung heranziehen kann, wie beim Usufruct, bei den negativen Servituten oder auch bei socher Wegeservitut, in Folge deren er nur einen Anspruch auf einen bestimmt fixirten Weg hat, indem da die von diesem Wege eingenommene Strecke sich als das eigentlich dienende Grundstück darstellt. Vgl. S 85.

In den Quellen finden wir nur eine Stelle, die sich mit der Theilung der dienenden Sache ausführlich beschäftigt, aber auch nur in Beziehung auf die Wegeservituten; es ist die l. 6 § 1 quemadm. serv. am. 8, 6 des Celsus. Nachdem der erste Theil der Stelle die Folgen einer körperlichen Theilung der herrschenden Sache dargelegt hat, geht der zweite Theil (mit Sed si) auf unsern Fall über und erörtert ihn in seiner ersten Hälfte (bis Celerum) in Beziehung auf solche Wegeservituten, vermöge derer ein einziger bestimmter Weg besteht. Wird durch wiederholte Servitutbestellung ein solcher Weg über mehrere aneinander liegende Grundstücke geschaffen, so soll bekanntlich doch nur eine einzige Servitut angenommen werden; es folgt daraus schon nothwendig, daß wenn aus dem einen Grundstück, über welches der eine Weg seither ging, mehrere Grundstücke werden, die Servitut eine einheitliche bleiben muß, und das führt auch Celsus hier aus[b]). In so weit können wir also aus

---

b) Kurz spricht er den Satz für den Fall aus, wo die Theilung so geschehen ist, daß die neue Grenzlinie den Weg in seiner Länge durchschneidet, so daß der Weg erst ganz auf dem einen, dann ganz auf dem andern Theil läuft (si per longitudinem eius fundus divisus est). Dagegen für den andern Fall, wo die Theilungslinie auf dem Wege selbst herläuft, und so jeder Theil contribuirt, um dem Wege die nöthige Breite zu schaffen, stellt Celsus nicht alsbald jene Regel auf, sondern er führt ihre einzelnen Consequenzen aus, die hier, wo die Servitut möglicher Weise auch von Nutzem bleibt, wenn sie bloß noch an einem Theile besteht, in einer Beziehung andere sind,

dieser Stelle für andere Servituten, die nicht zu einer Einheit werden, wenn sie an mehreren an einander liegenden Grundstücken bestellt werden, z. B. für die Weideservituten, nichts zur Entscheidung unserer Frage entnehmen. In der zweiten Hälfte dieses Theils geht aber Celsus zu einem Fall über, wo ausdrücklich bei der Errichtung festgesetzt war, der Berechtigte könne sich einen Weg herstellen, wo er wolle, und sei an die einmalige Wahl nicht gebunden, sondern könne ihn später auch an eine andere Stelle legen[c]). Geschieht hier die Theilung so, daß er schon auf jedem einzelnen Theil die Servitut ihrem ganzen Inhalt nach ausüben und zum Ziele gelangen kann, so soll es so angesehen werden, als ob jedem Theil von Anfang an eine durchaus selbständige Servitut auferlegt wäre, und der Berechtigte daher fortan statt einer Servitut deren mehrere habe, die völlig unabhängig von einander bestehen und untergehen. Er lasse sich dadurch nicht beirren, führt Celsus aus, daß auf diese Weise lediglich durch die Handlung des Eigenthümers der dienenden Sache die Servitut umgestaltet werde, und der Servitutberechtigte jetzt von Zeit zu Zeit auf jedem Theile gehen müsse, um sich die Servitut daran zu erhalten, während es früher genügte, wenn er nur über das ganze Grundstück einmal ging, um sich die Servitut auf der ganzen Fläche zu erhalten. Dieser Nachtheil werde dadurch ausge-

---

wie in jenem Falle (vgl. § 74 S. 789 Anm. b). Daß er aber auch für diesen Fall sich die Servitut als eine einige fortbestehend denkt, geht namentlich daraus hervor, daß er so bestimmt sagt, die Benutzung des Wegs bloß auf dem einen Theil schütze auch die Servitut auf dem andern Theile gegen Untergang durch Verjährung.

c) Es ist hier nicht an ein iter oder einen actus zu denken, für den ein Weg noch nicht fixirt war, und den daher der Berechtigte nach dem, was wir § 42 S. 401 ausführten, üben konnte, wo er wollte und es zweckmäßig für ihn war; sondern an eine eigenthümliche Gestaltung der via, so daß das Recht von vorne herein eine bestimmte Straße zum Gegenstande hatte, die aber bald hierhin, bald dorthin gelegt werden durfte. Denn sonst hätte Celsus nicht am Schlusse der Stelle von einer gesetzlichen Breite der Straße sprechen dürfen, da beim iter oder actus die Breite für den Weg, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf dessen Fixirung drang, jedesmal nach richterlichem Ermessen zu bestimmen war. Vgl. S. 388 und 392.

glichen, daß er fortan zwei Wege mit der gesetzlichen Breite habe, die er zugleich benutzen könne[d]).

Untersuchen wir, ob diese Entscheidung einer Ausdehnung auf andere Fälle, in denen die dienende Sache getheilt wird, fähig ist, so müssen wir zunächst eingestehen, daß die Belastung jedes einzelnen Theiles mit der vollen Wegegerechtigkeit durchaus dem strengen Rechte entspricht, indem die Last schon vorher auf jeder Partikel des Gesammtgrundstücks in gleicher Weise lag, und nur nicht überall ausgeübt werden konnte, weil sie nur auf einer Stelle jedesmal wirklich ausgeübt werden sollte. Celsus scheint nun aber weiter auch von dem Gedanken auszugehen, die Ausübung auf dem einen Theile könne den Innehaber des andern Theils nicht berechtigen, sich der gleichzeitigen Ausübung auf diesem Theil zu widersetzen, da das, was auf einer ihm ganz fremden Sache geschehe, was gleichsam zwischen deren Eigenthümer und dem Berechtigten abgemacht werde, ihn, den Dritten, nichts angehe. Aber dieser Folgerung fehlt unsers Erachtens der Boden. Nach dem höchsten Gesetz der Servitut, nach dem Willen der Constituenten, sollte der Berechtigte nur einen Weg haben, wenn auch alle andern Partikel des gesammten Grundstücks, die einen solchen bieten konnten, eventuell dienen sollten; die Bedingung, unter der sie von der Ausübung frei waren, war erfüllt, so lange der Weg auf einer andern Strecke aufrecht erhalten wurde, und hätte sich der Berechtigte daneben noch einen zweiten Weg angemaßt, so wäre jene Bedingung mit einer exceptio doli in Kraft erhalten. Wie es aber überhaupt bei der Erfüllung von Bedingungen gar nicht darauf ankommt, daß ein Act zwischen dem bedingt Berechtigten und dem bedingt Verpflichteten vorgeht, sondern wie jedes Ereigniß, wenn nur davon wirklich ein rechtlicher Erfolg abhängig gemacht ist, in solcher Weise Rechte geben und nehmen kann, so müßte auch nach der Theilung des dienenden Grundstücks der Umstand, daß ein Weg auf dem einen Theile bestände und benutzt würde, genügen, um den andern gegen jeden Anspruch auf Leistung

---

d) **Contra, illud commodum accessisse ei, cum via debebatur, quod per duas pariter vias ire agere possit, bis octonos in porrectum, et senos denos in anfractum.**

eines gleichen Wegs zu schützen, beziehungsweise müßte, wenn der Berechtigte erklärte, er wolle nunmehr seinen Weg auf den andern Theil verlegen, der Zunehaber jenes Theils den Weg nicht mehr zu respectiren brauchen e).

Diesem Theil der Entscheidung des Celsus, wonach sich die Servitutbefugniß bei Theilung des dienenden Grundstücks vervielfachen soll, glauben wir daher schon die innere Consequenz und zugleich die Brauchbarkeit für analoge Fälle absprechen zu müssen, wie denn auch noch die Unbilligkeit auf der Hand liegt, falls man vermöge einer Weideservitut, die vor der Theilung zur Auftreibung von vier Stück Vieh ermächtigt, nach der Theilung in etwa vier oder mehr Theile sechzehn oder mehr Stück auftreiben dürfte und damit vielleicht den ganzen Ertrag der Theile consumiren könnte. Und hätte die Theilung einmal diese Wirkung auf die Servitut gehabt, so würde eine Wiedervereinigung der Theile dieselbe auch nicht rückgängig zu machen vermögen, da die vier Servituten dadurch nicht berührt würden, sondern troß dem Wechsel im Eigenthum an ihrem Theil fortbestünden, und somit könnte eine leichtsinnig oder ohne Kenntniß von der Existenz der Servitut vorgenommene Theilung das dienende Grundstück für immer entwerthen.

Aber auch der Nachtheil, welcher dem Servitutberechtigten aus der Theilung des dienenden Grundstücks nach der Entscheidung von Celsus entstehen soll, stellt sich unsers Erachtens durchaus ungerechtfertigt dar, und wie der Vortheil, womit er den Nachtheil ausgleichen will, nach dem eben Ausgeführten keineswegs stichhaltig ist, so ist er auch nicht im Stande, in vielen Fällen den Nachtheil zu decken und ein entsprechendes Aequivalent dafür zu geben. Die

e) Man könnte vielleicht dagegen geltend machen wollen, weil der Berechtigte nach dem eigenthümlichen Servitutvertrage jeder Zeit einen neuen Weg soll wählen können und also auch jeder Zeit von dem einen Theil wieder auf den andern Theil zurückkehren kann, so muß jeder Innehaber eines Theils sich darauf gefaßt halten, daß der Berechtigte wieder dort zu gehen beschließt und ihm deßwegen einen früher benutzten Weg bereit halten; — aber diese Argumentation müßte dahin führen, daß auch da, wo das dienende Grundstück nicht getheilt ist, alle einmal vom Servitutberechtigten benutzten Wege hergestellt bleiben müßten, weil er dahin zurückkehren kann.

Servitutbefugniß soll nach der Theilung auf jedem Theil geübt werden müssen, wenn sie nicht durch Verjährung zu Grunde gehen soll. Die Theilung ist aber ein Act, der lediglich zwischen den Eigenthümern des dienenden Grundstücks vorgeht und in der äußern Gestalt des letztern, wenn dies z. B. eine Wiese ist, nichts zu verändern braucht, — wie soll nun der Servitutberechtigte immer erfahren, daß und wie die dienende Sache getheilt ist, daß er in Folge dessen seine Servitut mehrfach üben kann, daß er sie aber auch auf jeden Theil üben muß, wenn er sie sich ganz erhalten will? Grade da also, wo ihm die Theilung nachtheilig werden kann, weil er nichts davon erfährt, oder weil er sein Recht aus sonst einem Grunde nur auf einem Theil üben kann, grade da ist ihm der Vortheil, den ihm Celsus zuweißt, durchaus unzugänglich, und er hat nur Nachtheil von der Theilung, während er da, wo er sich den Vortheil in seinem ganzen Umfange zu Nutzen machen kann, den Nachtheil durch eine Kleinigkeit, durch einmalige Vornahme einer einzelnen Gebrauchshandlung, beseitigen kann. Also auch in dieser Beziehung können wir der Entscheidung des Celsus den singulären Charakter nicht absprechen und möchten sie daher nicht für geeignet halten, um daraus ein allgemeines Princip für das Verhältniß der Servitut bei Theilungen der dienenden Sache zu deduciren. In Ermangelung einer andern gesetzlichen Entscheidung werden wir uns dies also selbständig aus der rechtlichen Natur der Servituten ableiten müssen.

Wir haben aber schon früher ausgeführt, wie die Eigenthumsverhältnisse einer Sache durchaus ohne Einfluß bleiben auf die darauf ruhenden Servituten, wie das, was für das Eigenthum als ein Grundstück behandelt wird, bloß zu einem Theile mit einer Servitut belastet sein kann, so daß also das, was mit Rücksicht auf diese als dienendes Grundstück bezeichnet wird, andere Grenzen hat, wie jenes. Kann nun das Object der Servitut kleiner sein, wie das des einzelnen Eigenthums, so ist es nur consequent, daß es auch größer sein kann und aus mehreren Grundstücken zusammengesetzt sein darf, zumal die Theilung von Grund und Boden, und von der handeln wir zunächst, die Beschaffenheit desselben in nichts ändert, sondern lediglich auf einer rechtlichen Fiction beruht. Im

Grunde ist und bleibt die Erdoberfläche ein zusammenhängendes, ununterbrochenes Ganze. Eine innere Nothwendigkeit ist es also durchaus nicht, daß die Theilung die Servitut irgend berührt; nähme man dies dennoch an, so würde ohne Noth Dritten die Befugniß gegeben, über ein fremdes Recht zu verfügen, was möglichst vermieden werden muß, und deßhalb müssen wir zu dem Resultat gelangen: Nach Theilung der dienenden Sache besteht die Servitut nach wie vor als eine Einheit fort, so daß dieselbe also durch Ausübung auf einem einzelnen Theile auf allen Theilen aufrecht erhalten wird und alle Theile insgesammt nicht mehr belastet sein dürfen, wie die ganze Sache es vor der Theilung war. Nur für den Ususfruct gilt ein anderes Princip, indem in jener ersten Beziehung, die bei ihm allein in Frage kommt (s. S. 849), Pomponius in l. 25 quib. mod. ususfr. 7, 4 sagt: Placet vel *certae partis*, vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti. Dieselben Gründe, welche die ganze Lehre von der Untheilbarkeit des Usufructs hervorriefen (§ 55 S. 542), führten auch zu diesem Satz, indem es bei dem engen Anschluß des Usufructs an das Eigenthum ungeeignet erscheinen mußte, daß das Eigenthum für einen körperlichen Theil allein durch Verjährung verloren gehen konnte, der Usufruct aber nicht. Auf den Usus darf man natürlich diese Regel nicht ausdehnen[f]).

Bleibt nun vom Usufruct abgesehen die körperliche Theilung der belasteten Sache ohne Einfluß auf die Servitut, so kann der Berechtigte auch nicht gezwungen werden, nunmehr, falls der Charakter der Servitut es erlaubt, eine verhältnißmäßige Repartition der Last auf alle Theile vorzunehmen, und bald hier, bald dort zu üben, vielmehr muß ihm, wenn ihm überhaupt von Anfang an

f) Auch nicht auf den Usus an beweglichen Sachen, indem es keineswegs unmöglich ist, daß ein und derselbe Usus an den mehreren Theilen besteht, da auch von Anfang an ein und dieselbe Personalservitut an mehreren Sachen bestellt werden kann. Genügt zur Zeit ein Theil, um das Bedürfniß des Usuars zu befriedigen, so muß er sich ja auch damit begnügen, und da wäre es doch höchst unbillig, wenn ihm später, sobald dieser eine Theil nicht mehr hinreicht, und er deßhalb die übrigen Theile benutzen wollte, die Verjährung entgegen gehalten werden könnte.

die Wahl zugestanden worden ist, wo er die betreffenden Handlungen vornehmen will, und er darin durch den ausgesprochenen oder muthmaßlichen Willen der Constituenten in keiner Weise beschränkt worden ist, fortan auch freistehen, einen oder den andern Theil ausschließlich zu belasten, indem er z. B. als Weideberechtigter nur dahin sein Vieh treibt. Dieses anscheinend harte Princip wird sich in Wirklichkeit wesentlich dadurch mildern, daß seine Verpflichtung, civiliter zu üben, häufig schon vor der Theilung im Interesse der belasteten Sache von Zeit zu Zeit einen Wechsel des Platzes verlangen wird, — aber diesen Wechsel wird er doch nach der Theilung in keiner andern Weise und aus keinen andern Gründen vorzunehmen brauchen, wie vorher, und namentlich wird er den Einwand, daß sonst einer der Theilhaber mehr belastet würde, wie der andere, nicht zu berücksichtigen brauchen. Das verlangt nicht nur die juristische Consequenz, sondern häufig auch die Billigkeit; wer eine Weideservitut hat und nunmehr auf vier verschiedenen Grundstücken hüthen lassen muß, bedarf auch vier Hirten, wo seither einer genügt; wer zwischen vier Grundstücken wechseln muß, muß die etwaigen Vorrichtungeu, die er bedarf, auf allen vier Grundstücken anbringen, und muß mitunter auf das entfernteste wandern, während ihm das nächste denselben Dienst gewährte. Er würde also durch die Theilung schlechter gestellt, als wenn er die Servitut von Anfang an nur an einem einzelnen, etwa au dem ihm zunächst gelegenen Theil erworben hätte, während er doch lediglich um ein noch vortheilhafteres Recht zu haben, das ganze damals einheitliche Grundstück belastete und dabei im Sinne hatte, nur dann auf den entferntern Theilen zu üben, wenn die näher gelegenen vorübergeheud oder für immer unbrauchbar wurden. — Allerdings kaun der obige Satz bei manchen Servituten jede Theilung des dienenden Grundstücks im höchsten Grade unräthlich machen und so die freie Disposition über dasselbe factisch sehr beschränken, indem ja Keiner, der einen Theil erwirbt, wissen wird, was ihm dieser werth sein wird, da möglicher Weise ihn die ganze Last der Servitut treffen kann, und indem jeder dies fürchten muß, und seinen Theil daher möglichst niedrig anschlägt, wird die Summe des Werths aller Theile leicht weit geringer aus-

fallen, als der Werth des ungetheilten Grundstücks ist; allein dies ist eine nothwendige Consequenz der Belastung des Grundstücks.

Wenn nach dem Obigen der Servitutberechtigte die freie Wahl hat, wo er die Servitut üben will, und sich also der Ausübung auf einen Theil ganz enthalten kann, ohne deßhalb schon auf irgend etwas seines Ertrags zu verzichten, so folgt daraus, daß er auch da, wo er etwa einem Theilhaber verspricht, nicht mehr auf dessen Theil üben zu wollen, nicht genöthigt werden kann, die Nutzung nunmehr verhältnißmäßig zu beschränken, und ferner, daß er dies auch da nicht braucht, wo er für alle Zeiten einem Theil gegenüber auf die Ausübung verzichtet, also einen Theil der dienenden Sache von der Servitut befreit[g]), vorausgesetzt nur, daß auf den übrigen Theilen der Sache die Servitut in ihrem vollen Umfang in ordnungsmäßiger Weise geübt werden kann[h]). Eben so wenig ist unter dieser Voraussetzung die Servitutnutzung da zu mindern, wo ein Theil des Grundstücks untergegangen ist, und deßhalb die Servitut nicht mehr dort geübt werden kann. Denn wenn der Berechtigte schon vorher ermächtigt war, nur auf den andern Theilen zu üben, so war in so weit das Object seines Rechts durchaus nicht verändert, und dessen Ausübung nicht unmöglich geworden, und deßhalb ist kein Grund aufzufinden, um ihm diese Befugniß plötzlich zu beschränken. Wie aber gestaltet sich die Sache, wenn er einen Theil der dienenden Sache selbst erwirbt, und daran die Servitut durch Consolidation untergeht; ist er dann auch berechtigt, die ganze Last den andern Theilen aufzulegen? Wie wir oben schon ausführten, dient jeder Theil unter der Bedingung, daß nicht schon die Servitutbefugniß in ihrem ganzen Umfange auf den andern Theilen ausgeübt werde, und zwar müssen wir hinzufügen, auch als solche und kraft der Servitut, indem z. B. sonst der Innehaber einer Weideservitut, vermöge deren vier Stück Vieh aufgetrieben werden dürfen,

---

g) Vgl. l. 6 de serv. 8, 1.

h) Denn wenn der Eigenthümer des befreiten Theils zugleich auch Eigenthümer anderer Theile ist, wird mitunter aus den Umständen gefolgert werden können, daß der Berechtigte auch gleichzeitig auf einen entsprechenden Theil seiner Befugnisse ganz hat verzichten wollen; in solchem Fall wird dieser theilweise Untergang aber auch lediglich aus dem besonderen Verzicht herzuleiten sein.

diese nicht mehr üben könnte, sobald er von einem der Innehaber eines Theils die Befugniß, eine eben so große oder größere Zahl aufzutreiben, gemiethet hätte und schon in Folge dessen dort weiden ließe. Wie diese Beschränkung schwerlich dem Willen der Constituenten entspräche und die Freiheit des Verkehrs hinderte, so wird man folgerecht auch weiter zugestehen müssen, daß die Handlungen, welche jemand als Eigenthümer eines Theils vornimmt, der Servitut gegenüber nicht in Anschlag gebracht werden dürfen, und wer daher in dem erwähnten Beispiele den eigenen Theil benutzt, um dort vier und mehr Stück Vieh zu weiden, wird doch noch kraft der Servitut beanspruchen können, vier Stück auf einem oder mehreren der andern Theile des dienenden Grundstücks auftreiben zu dürfen. Eine entgegengesetzte Auffassung würde nuch nur dahin führen können, daß sich der Berechtigte auf den zum Eigenthum erworbenen Theil der Handlungen enthielte, zu welchen ihn die Servitut ermächtigt, und also seine Freiheit in der Wahl der Benutzungsweise beschränkt würde; daß sich die Servitutbefugniß schon alsbald mit dem Erwerb des Theils um eine Quote minderte, würde auch hier in keiner Weise zu erklären sein.

Uebersehen wir die hier gewonnenen Sätze, so kommen wir zu dem Resultat, daß so lange die Ausübung der Servitut auf einem einzelnen Theile möglich ist, sie doch dort in vollem Umfange bestehen bleibt, wenn auch die andern Theile aus irgend einem Grunde von der Servitutenlast frei werden. Ist die Servitut nur noch in beschränkter Weise, aber doch zum Nutzen des Berechtigten und dem wahrscheinlichen Willen der Constituenten entsprechend auszuüben, so mindert sie sich natürlich bis zu diesem Belaufe.

Register.

(Die Zahlen bezeichnen die Seite).


BIBLIOTECA NAZIONALE V. E. III NAPOLI

Berichtigungen.

Seite 4 Anm. c. Zeile 13 von oben statt: S. 15 lies: S. 157.
„ 4 Anm. c. Z. 16 von oben statt: umbitus lies: ambitus.
„ 4 Anm. *) statt: servirent lies: servierint.
„ 11 Z. 11 v. o. statt: Realservituten lies: Rusticalservituten.
„ 20 Z. 7 v. o. statt: können lies: könne.
„ 24 Z. 16 v. o. statt: 8—15 lies: 8, 5.
„ 24 Anm. e. Z. 2 v. u. statt: S. P. T. lies: S. P. U.
„ 31 Anm. d Z. 1 v. o. statt: de S. P. 4. 8, 2 lies: de S. P. U. 8, 2.
„ 46 Z. 9 v. o. statt: altius tollendi lies: altius non tollendi.
„ 57 Z. 10 v. o. statt: servisset lies: cavisset.
„ 64 Z. 8 v. u. statt: und der er lies: und den er.
„ 72 Z. 9 v. u. statt: et aq. quot. lies: et aq. pluv. arc.
„ 77 Z. 7. v. o. statt: des publicare lies: das publicare.
„ 86 Z. 13 v. o. statt: dem die lies: denen die.
„ 88 Z. 14 v. u. statt: ad quam lies: ad quem.
„ 91 Z. 19 v. o. statt: Verrichtung lies: Vorrichtung.
„ 108 Z. 2 v. u. statt: l. 10 § 4 lies: l. 19 § 4.
„ 114 Z. 5 v. o. statt: nach dessen Tod lies: noch dessen Tod.
„ 115 Anm. f. statt: das folgern Gegentheil lies: folgern das Gegentheil.
„ 116 Anm. i. Z. 2 v. o. statt: de leg. 33. II. 31 lies: de leg. II. 31.
„ 120 Z. 3 v. o. statt: Honorirung non personae lies: Honorirung von personae.
„ 120 Anm. v. Z. 4 und Z. 8 v. o. statt: Legator lies: Legatar.
„ 126 Z. 1 v. u. statt: Eigenthümer lies: Ehemann.
„ 137 Z. 13 v. u. statt: und so lies: und sie so.
„ 147 Z. 14 v. u. statt: in an gleichen lies: in gleichen.
„ 160 Z. 12 v. u. statt: Scherste lies: Sicherste.
„ 176 Z. 10 v. u. statt: diese Quelle lies: diese Stelle.
„ 176 Anm. r. Z. 1 v. o. statt: Bachmannsche lies: Lachmannsche.
„ 201 Anm. e. Z. 2 v. u. statt: avas lies: uvas.
„ 207 Z. 15 v. o. statt: abhäng lies: abhängig.

Seite 230 Z. 1 v. u. statt: nur lies: nun.
„ 243 Z. 2 v. u. statt: Uebertragbarkeit dinglichen Rechts lies: Uebertragbarkeit des dinglichen Rechts.
„ 246 Z. 1 v. o. statt: vielleicht nicht auch lies: vielleicht auch.
„ 248 Z. 12 v. o. statt: expedituis lies: expeditius.
„ 278 Z. 6 v. u. statt: Ulpian lies: Paulus.
„ 306 Anm. y. statt: iherüber lies: hierüber.
„ 338 Z. 10 v. o. ergänze hinter pecuniam: neque solutam.
„ 340 Z. 18 v. o. statt: vindicatio utilis lies: vindicatio directa.
„ 344 Z. 10 v. u. statt: vermochte lies: vermochten.
„ 364 Z. 7 v. u. statt: dem Rechte nach lies: dem Rechte noch.
„ 367 Z. 2 v. o. statt: daß sie lies: da sie.
„ 369 Z. 12 v. o. statt: ein unüberwindliches lies: kein unüberwindliches.
„ 373 Anm. hh statt der genannten Stellen: L. 4 § 27 de usurp. 41, 3.
„ 374 Z. 7 v. o. hinter Servituten ergänze: durch Nichtgebrauch.
„ 374 Z. 13 v. o. hinter aquaeductus ergänze: und aquaehaustus.
„ 385 Anm. a. Z. 2 v. u. statt: historischt lies: historisch.
„ 389 Z. 12 v. o. statt: Willen lies: Villen.
„ 406 Anm. f. Z. 1 v. u. statt: qu a viva lies: aqua viva.
„ 476 Z. 17 v. o statt: und der ihr lies: und den ihr.
„ 528 Z. 4 v. u. statt: dennoch lies: demnach.
„ 581 Z. 14 v. u. statt: fuugibiles lies: fungibiles und statt: einzelnen lies: einzelne.
„ 592 Z. 15 v. u. statt: Geldwechsler lies: Geldwechsler.
„ 613 Z. 9 v. u. statt: Inquilim lies: Inquilien.
„ 618 Z. 1 füge als Anmerkung hinzu: L. 5 § 2, l. 10 § 1 de usufr. ear. rer. 7, 5.
„ 628 Z. 2 v. u. statt: ein bringliches lies: ein dingliches.
„ 631 Z. 9 v. o. statt: den Usus lies: die habitatio.
„ 684 Z. 4 v. o. statt: im correcten lies: im concreten.
„ 711 Z. 4 v. o. statt: auch die eine lies: auch eine.
„ 734 Anm. c[a] statt: 7, 2 lies: 7, 4.
„ 808 Z. 7 v. o. statt: Restitutien lies: Restitution.

